

2010 年司考之路系列

# 国家司法考试

## 理论法学与论述题写作

新东方北斗星司法考试研究中心 主编

李红勃 刘 景 编著

電子工業出版社

Publishing House of Electronics Industry

北京 · BEIJING

未经许可，不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。  
版权所有，侵权必究。

### 图书在版编目 (CIP) 数据

国家司法考试·理论法学与论述题写作/新东方·北斗星司法考试研究中心主编；李红勃，刘景编著.  
北京：电子工业出版社，2010.3

(2010 年司考之路系列)

ISBN 978-7-121-10430-5

I. 国… II. ①新… ②李… ③刘… III. 法的理论—中国—法律工作者—资格考核—自学参考资料  
IV. D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 029886 号

策划编辑：周琰

责任编辑：周琰

特约编辑：周华

印 刷：

装 订：

出版发行：电子工业出版社

北京市海淀区万寿路 173 信箱 邮编 100036

开 本：787 × 1092 1/16 印张：15.5 字数：407 千字

印 次：2010 年 3 月第 1 次印刷

定 价：35.00 元

凡所购买电子工业出版社图书有缺损问题，请向购买书店调换。若书店售缺，请与本社发行部联系，联系及邮购电话：(010) 88254888。

质量投诉请发邮件至 [zltis@phei.com.cn](mailto:zltis@phei.com.cn)，盗版侵权举报请发邮件至 [dbqq@phei.com.cn](mailto:dbqq@phei.com.cn)。

服务热线：(010) 88258888。

# 序



2009 年司法考试已经尘埃落定，2010 年备战司考的战鼓正在咚咚作响。李白诗云“蜀道难，难于上青天”，许多考生奋斗数载，有的甚至青丝变白发，也未能通过司法考试，足见司法考试之难。

司法考试难在哪里？为什么有的考生皓首穷经，不能破解其中之谜；而有的考生能一考中的，犹如囊中取物，从此平步青云？我们通过组织具有多年司法考试教学经验的老师进行研讨发现，关键在于考生能否精准掌握司法考试中的重点、难点和疑点问题。据不完全统计，司法考试涉及的法律条文共 2 万多条，涉及的学科涵盖法学 14 门核心课程。在浩瀚的法学知识海洋中，如果对重点把握不准，对难点无法破译，对疑点缺少研究，自然就像漂泊在大海上的孤舟，茫然不知所向，只能望洋兴叹。

为了落实依法治国的伟大方略，更为了帮助考生准确地把握司法考试中的重点、难点和疑点，直面考试并顺利通过，我们邀请了多年从事司法考试命题、辅导、大纲编写和教材编写的具有丰富经验的教师，精心撰写了《2010 年司考之路系列》丛书。本丛书共 10 本，包括《国家司法考试·理论法学与论述题写作》、《国家司法考试·国际法》、《国家司法考试·商法·经济法》、《国家司法考试·宪法·行政法》、《国家司法考试·刑法》、《国家司法考试·刑事诉讼法》、《国家司法考试·民法》、《国家司法考试·民事诉讼法》、《国家司法考试·重点法条解读》和《国家司法考试·配套单元练习》。

本丛书具有以下特点：

## 1. 全部考点掌中宝

本丛书集司考名师辅导经验总结、司考改革新动向、精彩授课内容和高效率应试复习于一体，按照大纲的考试要求，列出考点及 2010 年预测考查的考点，其中八本教材以“重点法条 + 考点解析 + 真题演练”的结构编排，《国家司法考试·重点法条解读》以“重点法条 + 法条精解 + 真题示例”的结构编排，《国家司法考试·配套单元练习》以“答案 + 考点 + 解析”的结构编排。方便考生携带，帮助考生随时记忆司法考试重点内容，提高复习的命中率。

## 2. 考点解析很周到

本丛书在保持学科体系完整的前提下，对考点精华内容进行了概括和提炼，且及时反映大纲、教材的最新变化，使新增内容一览无余。辅导名师的补充讲解，深度挖掘、突出重点，重点讲解、辨析考试要点及难点，略讲一般知识，不讲不具可考性的内容，繁简得

当，重点突出，直击命题核心。使考生在很短的时间内就可读完，但需要反复阅读，以便记忆。

### 3. 习题演练不可少

通过“真题演练”，把握考查的重点。本丛书将知识点分门别类地放在不同的部门法中；而在每一部门法内部，又依考查内容的不同，将试题再作细分。每道试题前面标明了试题的出处，以便考生精确查找。需要说明的是，因篇幅所限，可从“重点法条”和“考点解析”中直接查找到答案的习题，这里没有展开解释。

古人云：种瓜得瓜，种豆得豆。拥有和阅读本丛书，领悟司法考试的精髓，播下成功的种子，必能结出胜利的果实！

穷数位名师之功，本丛书的面世自然令编者激动，但囿于能力所限，瑕疵断不可免。如有需要改进之处，敬请广大考生指正和海涵。

新东方北斗星培训学校校长

胡俊军

2010年3月



# 目录 | CONTENTS

第一章 法理学和法治理念 .....	1
第一讲 法的本体论 .....	2
考点一 法的概念争议 .....	2
考点二 马克思主义法本质观 .....	3
考点三 法的特征 .....	4
考点四 法的作用与局限性 .....	6
考点五 法的价值种类、价值冲突及其平衡 .....	8
考点六 法律规则：法律规范的主体部分 .....	12
考点七 法律原则：法律精神和灵魂的载体 .....	15
考点八 权利与义务：法律规范的实质内容 .....	18
考点九 法的渊源：法的表现形式和栖身之地 .....	19
考点十 法律体系 .....	21
考点十一 法的效力根据与范围 .....	22
考点十二 法律关系与法律事实 .....	26
考点十三 法律责任与法律制裁 .....	30
第二讲 法的运行论 .....	33
考点一 立法 .....	33
考点二 法的实施与法的实现 .....	35
考点三 执法与司法 .....	35
考点四 守法 .....	37
考点五 法律监督：法律实施的外部保障 .....	38
考点六 法适用的一般原理 .....	39
考点七 法律解释：探求法律的含义 .....	41
考点八 法律推理：基于前提探求结论 .....	45
第三讲 法的演进论 .....	49
考点一 法的起源与发展 .....	49



考点二	法律继承与法律移植 .....	50
考点三	法律传统与法律文化 .....	51
考点四	西方国家两大法系 .....	53
考点五	法的现代化 .....	55
考点六	法治 .....	56
第四讲	法的社会论 .....	59
考点一	法与社会 .....	59
考点二	法与经济 .....	60
考点三	法与政治、政策 .....	62
考点四	法与国家 .....	64
考点五	法与道德 .....	64
考点六	法与宗教 .....	66
考点七	法与人权 .....	68
第五讲	法治理念论 .....	70
考点一	社会主义法治理念的基本理论 .....	70
考点二	社会主义法治理念的基本内涵 .....	73
考点三	社会主义法治理念的基本要求 .....	76
第二章	法制史 .....	79
第六讲	中国古代立法与法典 .....	80
考点一	中国历代法制思想 .....	80
考点二	中国法制史上的重大变法事件 .....	81
考点三	中国法制史上的法典形式变迁 .....	83
第七讲	中国古代的刑法与民法 .....	87
考点一	中国历代刑法 .....	87
考点二	中国历代民法 .....	93
第八讲	中国古代的司法诉讼 .....	97
考点一	中国历代司法机构 .....	97
考点二	中国历代诉讼程序 .....	100
第九讲	中国法律转型：清末、民国法制 .....	106
考点一	清末法制 .....	106
考点二	民国法制 .....	109
第十讲	西方法制概览 .....	112
考点一	罗马法 .....	112
考点二	英美法系 .....	116
考点三	大陆法系 .....	120
第三章	司法制度和法律职业道德 .....	127
第十一讲	司法制度和法律职业道德概述 .....	128
考点一	司法和司法制度概念 .....	128
考点二	司法的功能 .....	129

考点三	司法公正、司法效率与司法独立 .....	129
考点四	法律职业的概念和特征 .....	131
考点五	法律职业道德的概念、特征和基本原则 .....	131
第十二讲	审判制度 .....	133
考点一	审判制度概述 .....	133
考点二	人民法院的设置和职权 .....	133
考点三	审判组织 .....	134
考点四	法官的条件与任免 .....	135
考点五	法官的任职回避 .....	136
考点六	法官的惩戒 .....	137
考点七	审判制度的基本原则 .....	138
考点八	审判工作的主要制度 .....	140
第十三讲	法官职业道德和职业责任 .....	142
考点一	法官职业道德的概念和特征 .....	142
考点二	法官职业道德的主要内容 .....	142
考点三	法官职业责任 .....	149
第十四讲	检察制度 .....	150
考点一	检察机关 .....	150
考点二	检察官的任免 .....	151
考点三	检察官的任职回避 .....	153
考点四	检察制度的基本原则 .....	154
考点五	检察制度 .....	154
第十五讲	检察官职业道德和职业责任 .....	158
考点一	检察官职业道德的概念和特征 .....	158
考点二	检察官职业道德的主要内容 .....	159
考点三	检察官职业责任 .....	162
第十六讲	律师制度 .....	164
考点一	律师和律师制度 .....	164
考点二	律师事务所 .....	164
考点三	律师执业 .....	166
考点四	执业律师的权利与义务 .....	167
考点五	法律援助制度 .....	170
第十七讲	律师职业道德和职业责任 .....	174
考点一	律师职业道德 .....	174
考点二	律师执业职责 .....	174
考点三	律师执业前提和收费规范 .....	176
考点四	委托代理关系的建立及接受委托的权限 .....	177
考点五	禁止虚假承诺 .....	179
考点六	禁止非法牟取委托人的利益 .....	180
考点七	利益冲突和回避 .....	180



考点八    转委托 .....	181
考点九    委托代理关系的终止 .....	182
考点十    律师执业推广 .....	184
考点十一   律师广告规范 .....	185
考点十二   律师宣传规范 .....	186
考点十三   律师同行关系中的行为规范 .....	186
考点十四   律师在诉讼与仲裁中的行为规范 .....	188
考点十五   律师与律师行业管理或行政管理机构关系中的行为规范 .....	189
考点十六   执业处分 .....	190
第十八讲  公证制度 .....	194
考点一    公证制度概述 .....	194
考点二    公证机构及相关制度 .....	194
考点三    公证程序 .....	197
考点四    公证效力 .....	199
考点五    公证员 .....	200
考点六    公证员职业道德的内容 .....	201
考点七    公证职业责任 .....	202
第四章  论述题写作 .....	205
第十九讲  论述题的写作方法 .....	206
第二十讲  历年真题解析 .....	211
第二十一讲  模拟练习 .....	221
附录  本书主要法律文件全、简称对照表 .....	238





# 第一章 法理学和法治理念



## 导 论

在西方法学界，法理学大抵又可被称之为“法哲学”。哲学者，乃是通达事理明悉人生之智慧，与此同理，法理学或者法哲学，当属于关于法律智慧之学问。在日益增长的法学体系中，法理学是比较特殊的一个成员：她是法学中的基础理论，开启法学漫步的第一扇大门，介绍法学的基本概念和基本原理；她是法学中的一般理论，法理学不专注于具体制度和部门法，而是纳所有法律现象——古今中外的法律制度及其实施——于自己钻研的视野，并期望从中获得对普遍法律现象的普适认知；她又是法学中的方法论，她从具体法现象中抽象出逻辑和智慧，并以此指导我们对繁复多样的法律问题的解释和分析。因此，从这个意义上讲，法理学的目的在于介绍法学情况、引导法学兴趣、涵养法学素养和型塑法律人格。

对于司法考试而言，法理学的贡献主要表现在如下两个方面：

(1) 掌握法理学的基本原理和一般方法，有助于考生从精神层面理解其他法律部门。司法考试正在不断走向专业化和规范化，为了应对司法考试的要求，考生不仅要对法律制度和法律条文做到全面理解和娴熟把握，而且要对制度背后的法律原理和法律精神有深层次的感悟，也就是不仅要做到“知其然”，还要做到“知其所以然”。

(2) 法理学作为卷一和卷四中的必考内容，其分值在呈现不断扩大的趋势。一般来说，法理学在卷一客观题中的分值约为 25 分左右，在主观题中的分值约为 45 分左右（其中分析题 20 分，论述题 25 分），总分值高达 70 分。因此，在某种意义上讲，随着司法考试对考生理论水平要求的提高，法理学已经不再属于传统意义上的小学科，而是一个得分大户，是司法考试中一个日益重要和不断崛起的大学科。

本讲义打破了官方辅导教材的固定体系，以考点为主体，以考点之间的关联为主线，以讲理论、析差异、练真题的方式帮助考生把握考点，应对法理学的考核要求。另外，在一些重要的理论问题上，我们适度地超出了教材的范围，给考生提供了比教材更全面和更细致的理论信息，以扩大考生的视野，有助于考生深度理解命题本身及应对论述题对法理学知识的高层次要求。

社会主义法治理念从知识体系上讲也是属于法理学的内容，因此在顺序上把它排列在法理学之后。

理论法学的知识体系和重大考点，可以用下表得以展现。

理论法学知识体系	法的本体论	法的概念——法的要素——法的渊源——法的效力——法律关系——法律责任——法的作用——法的价值
	法的运行论	立法——执法——司法——法律监督——法的实现
	法的演进论	法的起源——法的发展——法的历史类型——两大法系——法的现代化——法治国家
	法的社会论	法与政治——法与经济——法与文化（道德、科技）
	法治理念论	法治理念的来源——法治理念的内涵——法治理念的作用——法治理念的践行

# 第一讲 法的本体论

**【本讲概要】** 法的本体论问题，是法理学最核心和最根本的问题，其内容是探讨法的一般原理，其中最重要的考点包括：法的概念、法的作用、法的价值、法的要素、法的渊源、法的效力、法律关系、法律责任等。这部分的内容很重要，在法理学全部客观题考核中约占一半的分值。

## 考点一 法的概念争议

### 法学理论

#### 1. 实证主义法概念（务实的立场）

（1）基本立场：法与道德是完全分离的，“实际上是怎样的法”和“应该是怎样的法”这两者之间没有必然的联系，因此，对法的理解应从法律内部进行，而不是考虑其他道德、宗教、意识形态等外部因素。

（2）定义法的要素：①权威性制定，即法律是由有权的立法主体制定的；②社会实效，即法律应该是在社会中有有效的和被公众普遍遵守的规则。

（3）代表学派：以社会实效为首要定义的是法社会学和法现实主义，以权威性制定为首要定义的是分析主义法学派（也叫分析实证法学派），代表人物为奥斯丁、哈特和凯尔森等。

#### 2. 非实证主义法概念（理想化的立场）

（1）基本立场：在对法律下定义时，道德因素必须被考虑进去，也就是说，法与道德是相互联系不可分离的，法律必须符合道德。

（2）定义法的要素：①内容的正确性，即法必须是符合道德的，其内容必须是善和正义的；②对社会有实际效果；③由有权的立法者制定。

（3）代表学派：自然法学派以内容的正确性作为定义法的唯一因素，而以德国阿列克西为代表的第三条道路则主张把内容正确性、权威性制定和社会实效作为定义法的共同要素。

### 考点解析

法的概念是法学的最基本问题之一，西方三大法学派在这个问题上均有自己的立场和观点，因此有必要扩展了解。

#### 1. 自然法学派

以卢梭、孟德斯鸠为代表人物。主要观点包括：政府制定的法律必须尊重公民的自然权利和本性需求，也就是说，国家的制定法必须符合更高的自然法即道德，自然法代表了公平、人权、自由和正义。如果政府制定的法律违反了自然法的原则和标准，就丧失了合法性基础，就属于“恶法”，而邪恶的法律不是真正的法律，人民没有义务去遵守。





## 2. 分析实证法学派

以凯尔森、哈特为代表。实证分析法学就像自然科学家做实验一样，强调对国家制定的法律进行客观的技术分析。在实证分析法学家看来，法律就是国家的一种命令，法律和道德在内容上尽管常常相似，但在逻辑上却没有必然联系，因此，法学应当关注制定法，研究其规则、语言、结构，而不是空洞地讨论法律的善、公平和正义。

## 3. 社会法学派

庞德是社会法学的集大成者。庞德提出，社会法学所注意的是法律的作用，而不是法律抽象的内容，与此相对应，社会法学强调法律的社会目的是促进和保障社会利益，而不在于制裁。法现实主义（也叫现实主义法学）在广义上属于社会法学派的分支，以卡多佐、霍姆斯等大法官为代表，主张真正的法律不是法律规定，而是法院的判决。

西方三大法学派的观点存在本质的区别，而进入现代以来，阿列克西等学者提出了融合三大学派立场的主张，倡导法律定义的第三条道路，即把各学派的观点进行综合，超越学派局限，寻找比较全面的结论。

## 考点二 马克思主义法本质观

### 法学理论

#### 1. 法是国家意志性的正式体现（正式性、官方性、国家性）

- （1）法是由国家权力机关按照一定的权限和程序制定的。
- （2）法是靠国家强制力保障实施的。
- （3）法有严格规范的表现形式。

#### 2. 法是统治阶级的统一意志

- （1）法律并非全民意志的体现，而是统治阶级意志的体现。
- （2）法律作为统治阶级意志具有统一性和权威性。统一性意味着它是统治阶级集体意志而非个人意志，权威性意味着它以国家名义颁布，任何人都必须服从和遵守。
- （3）法律虽然是统治阶级意志，但同时也要在一定程度上考虑被统治阶级的利益和要求。

#### 3. 法的内容最终由客观的物质生活条件决定

- （1）归根结底，法律作为上层建筑，是由客观的社会物质生活决定的。
- （2）尽管经济起了决定作用，但同时法律也会受到历史、民族、宗教、地理等其他因素的影响。

### 考点解析

法的本质是相对于法的现象而言的。按照马克思主义法学的观点，法的本质具有三个层次：正式性（或国家意志性）、阶级性和物质制约性。

1. 法律首先是国家意志的体现，是由专门的国家立法机关制定的、具有特定的条文的规范形式。法律的实施，依赖公共暴力即国家强制。但是，国家意志并非全民意志，而是统治阶级的意志。法的阶级性表明法律不可能体现所有社会成员的意志，而只是统治阶级意志的体现，而这种统治阶级的意志，归根结底是由特定的物质生活条件所决定的，因

此，法的阶级性和物质制约性是相互统一而非矛盾的。法的本质存在于国家意志、阶级意志与社会存在、社会物质条件的对立统一关系之中。

2. 注意：虽然我们说法是统治阶级意志的体现，但这并不排除在一定程度和范围内考虑被统治阶级的利益和要求；虽然我们说法的本质最终是由社会物质生活条件所决定的，但这并不排除其他诸如历史、民族等社会因素对法的本质的影响。

### 真题演练

1. (2004-1-1)① 根据马克思主义法学的基本观点，下列表述哪一项是正确的？

- A. 法在本质上是社会成员公共意志的体现
- B. 法既执行政治职能，也执行社会公共职能
- C. 法最终决定于历史传统、风俗习惯、国家结构、国际环境等条件
- D. 法不受客观规律的影响

2. (2007-1-1)② 马克思曾说：“社会不是以法律为基础，那是法学家的幻想。相反，法律应该以社会为基础。法律应该是社会共同的，由一定的物质生产方式所产生的利益需要的表现，而不是单个人的恣意横行。”根据这段话所表达的马克思主义法学原理，下列哪一选项是正确的？

- A. 强调法律以社会为基础，这是马克思主义法学与其他派别法学的根本区别
- B. 法律在本质上是社会共同体意志的体现
- C. 在任何社会，利益需要实际上都是法律内容的决定性因素
- D. 特定时空下的特定国家的法律都是由一定的社会物质生活条件所决定的

### 考点三 法的特征

#### 法学理论

##### 1. 法是调整人的行为的社会规范

(1) 法是社会规范而非技术规范或自然规律，社会规范意味着法是由人制定的，但它也来自社会生活，因此法律具有客观性和主观性两个方面。

(2) 现代社会，法律不调整单纯的思想，只调整具有社会意义的人的行为。

(3) 法律不同于道德、习俗，它以公共权力为后盾，具有特殊的强制性，它是人的行为准则，也是人的意识和观念的基础。

##### 2. 法是由公共权力机构制定或认可的具有特定形式的社会规范

(1) 法律代表着国家意志，有制定和认可两种产生途径。

(2) 法律具有特定的表现形式，包括制定法、判例法等。

##### 3. 法是具有普遍性的社会规范

(1) 普遍有效性：法律在其管辖范围内具有普遍约束力，但也可能存在例外。

① B. 在本质上，法不可能是社会成员公共意志的体现，它由经济基础所决定，反映一定的客观规律，既执行政治职能，也执行社会公共职能。

② D. 马克思法学坚持唯物主义立场，强调法律以社会为基础，但这并非马克思主义法学与其他派别法学的根本区别，因为有些学派比如社会法学派也特别重视社会对法律的制约作用。依据马克思主义法学的基本观点，法律是统治阶级意志的体现，而非社会共同体意志的体现。决定法律内容的因素是客观的物质生活条件，而不是利益需求。





(2) 平等对待性：法律平等地对待一切人。

(3) 普遍一致性：法律具有民族性和地域性，但其主要内容与人类的普遍要求一般是相互一致的。

#### 4. 法是以权利义务为内容的社会规范

(1) 权利意味着自由、资格及行为的正当性。

(2) 义务意味着负担、受约束，是权利实现的基础。

(3) 没有无权利的义务，也没有无义务的权利，两者紧密联系不可分割。

#### 5. 法以国家强制力为后盾，通过程序保证其实实现

(1) 国家强制性：法律以合法的暴力为支撑，是最具有外在强制性的社会规范。

(2) 严格的程序性：程序是关于时间、地点、行为方式及手段的规定，法律强调严格的程序性。

#### 6. 法的可诉性

(1) 可诉性意味着法律具有被任何人在特定机构中通过争议解决程序加以运用以维护自身权利的可能性。法的可诉性体现为法律争议可以通过司法、仲裁、行政等机制得以权威处理。

(2) 法的可诉性的意义在于使公力救济介入纠纷成为可能。

### 考点解析

与其他社会规范（道德、习俗、宗教、政策、纪律等）相比，法出自国家，具有自己鲜明的特点，这些特点概括起来包括：法是调整人的行为而非思想的社会规范，法律由国家制定和认可，法具有普遍适用性，法律以权利义务为内容，法具有国家强制性（但国家强制力并非保证法律实施的唯一因素）及严格的程序性，法律具有可诉性，能启动国家公力救济，等等。相比而言，其他社会规范尤其是宗教和道德则是来源于社会演化，往往不由国家保障实施，而且更重要的是，它们一般只讲义务而不谈权利。

### 真题演练

1. (2007 - 1 - 7)① 下列哪一选项体现了法律的可诉性特征？

- A. 下一级的规范性法律文件因与上一级的规范性法律文件冲突而被宣布无效
- B. 公民和法人可以利用法律维护自己的权利
- C. “一国两制”原则体现在《香港特别行政区基本法》的制定过程中
- D. 道德规范上升为法律规范

2. (2008 - 1 - 1)② 西方法律格言说：“法律不强人所难。”关于这句格言涵义的阐释，下列哪一选项是正确的？

- A. 凡是人能够做到的，都是法律所要求的
- B. 对人所不知晓的事项，法律不得规定为义务
- C. 根据法律规定，人对不能预见的事项，不承担过错责任

① B. 法的可诉性是法律的重要特点，它意味着人们可以利用法律来解决纠纷，维护自己的利益，公民和法人可以利用法律维护自己的权利就是法律可诉性在现实中的体现。

② C. “法律不强人所难”，即一般人做不到的事，不应规定为法律义务，不应设定法律责任。因此最接近的选项是：人对不能预见的事项，不承担过错责任。

- D. 天灾是人所不能控制的，也不是法律加以调整的事项
3. (2009-1-6)<sup>①</sup> 法律格言说：“紧急时无法律。”关于这句格言涵义的阐释，下列哪一选项是正确的？
- A. 在紧急状态下是不存在法律的
- B. 人们在紧急状态下采取紧急避险行为可以不受法律处罚
- C. 有法律，就不会有紧急状态
- D. 任何时候，法律都以紧急状态作为产生和发展的根本条件

## 考点四 法的作用与局限性

### 法学理论

#### (一) 法的作用

##### 1. 法的规范作用

(1) 指引作用：法对本人的行为具有引导作用，指引作用发生在行为之前，其作用对象是本人。这种指引通常采用如下两种方式：①确定的指引：通过设置法律义务，要求人们作出或抑制一定行为，使社会成员明确自己必须从事或不得从事的行为界限。②不确定的指引：又叫选择的指引，指通过宣告法律权利，给人们一定的选择范围。

(2) 评价作用：法律作为一种权威的行为标准，具有判断、衡量他人行为合法与否的评判作用，评价作用的对象是他人。

(3) 教育作用：通过法的实施使法律对一般人的行为产生影响，具体表现为警示作用和示范作用，教育作用的对象一般是与案件之外的其他人。

(4) 预测作用：凭借法律的存在，可以预先估计到人们相互之间会如何行为，预测作用的对象不是个人，而是人和人之间的相互关系和相互行动。

(5) 强制作用：法可以通过制裁违法犯罪行为来强制人们遵守法律、履行义务，强制作用的对象是违法犯罪者。

##### 2. 法的社会作用

(1) 三个领域：指社会经济生活、政治生活、思想文化生活等领域。

(2) 两个方向：指法律对社会发挥的政治职能（通常所说的阶级统治职能）和社会职能（执行社会公共事务的职能）。

#### (二) 法的局限性

##### 1. 法律不是万能的，它也存在局限和不足

(1) 法律要以社会为基础，不能超出社会发展。

(2) 法律要受到其他社会规范及社会条件、环境的制约。

(3) 法律的调整对象、调整范围是有限的。

(4) 法律还受自身条件的制约，如语言表达的局限。

<sup>①</sup> B. “紧急时无法律”，这句格言说是在紧急状态下，考虑到特殊的原因，对当事人的行为一般可以免除法律责任，不予惩罚。其他选项属于明显的常识错误。







## 2. 法治社会中的多元调控

为了弥补法律规范的不足，就应积极发挥其他社会规范（如道德、宗教、习俗、行业纪律）及其他调整机制（如民间调整机制、行业调整机制）的作用，补充法律的不足，实现社会和谐。

### 考点解析

#### 1. 法的价值作用

法的规范作用	含 义	示 例
指引作用	针对本人行为，包括确定指引和不确定指引	外国投资者在来华办厂之前对中国相关法律的了解
评价作用	以法律为尺度判断、衡量他人行为合法性	张律师告诉王某其行为已经构成了犯罪
教育作用	通过法的实施对一般人行为产生影响，包括警示作用和示范作用	通过观摩法庭审判，大学生们普遍感受到了法律的重要性
预测作用	对人们相互之间行为的预先估计	公司董事长考虑到如果自己不能按时履行合同，对方肯定会申请仲裁要求巨额赔偿
强制作用	通过制裁违法行为强制人们守法	个体工商户王某因其逃税行为受到了税务局的处罚

法的作用是指法对社会产生的影响，这种作用体现在法与社会的交互影响中，直接表现为国家权力的行使，本质上是社会自身力量的表现。法的作用可以分为规范作用和社会作用，其中规范作用是手段，社会作用是目的；规范作用是法律对个人的微观作用，社会作用是法律对社会的宏观作用。

在法的规范作用中，预测作用和指引作用往往很容易混淆。具体说来，指引作用是指法对本人行为的引导，而预测作用则是指通过了解法律对人们相互之间行为的预测，两种作用所指的对象显然是不同的。

#### 2. 法的局限性

法的局限性在客观题中是个小问题，但在论述题中可能是个大问题，因此这里有必要扩展开来介绍一下。

法律不是万能的，它也存在局限性，我们可以把该局限性概括为两个方面：①法律自身的局限性，包括：法律调整范围的局限性，不是所有社会问题都可以用法律来调整的；法律是以文字表述的，而文字有时候具有含糊性、争议性等缺点；法律是稳定的，所以它相对于变动的社会生活会存在滞后性和出现法律漏洞等。②法律实施中的局限性，包括：法律必须依赖于社会，不可能超越生活或创造生活；法律的实施及其效果要受到其他社会规范和社会条件的制约；作为一种解决纠纷的方式，法律并不总是最经济和最优的选择。

为了尽可能弥补法律的不足，一方面，要发挥法官自由裁量权，对法律进行积极解释和运用；另一方面，要注意发挥道德、习俗等其他社会规范的积极作用。

### 真题演练

1. (2006-1-52)① 20世纪90年代初，传销活动在中国大陆流行时，法律法规对此

① ABCD。法律原则尽管没有法律规则那样明确、详细、可操作性强，但它作为一种法律规范对人的行为依然具有规范作用，具体可以表现为评价、裁判、预测和强制作用，这些作用在材料中均有体现。

没有任何具体规定。当时，执法机关和司法机关对这类案件的处理往往依据《民法通则》第7条。该条规定：“民事活动应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益，破坏国家经济计划，扰乱社会经济秩序。”这说明法律原则具有哪些作用？

- A. 法律原则具有评价作用
  - B. 法律原则具有裁判作用
  - C. 法律原则具有预测作用
  - D. 法律原则具有强制作用
2. (2005-1-53)<sup>①</sup> 下列有关法律作用、法律观念等问题的表述哪些是正确的？
- A. “法典是人民自由的圣经”，这说明法律是自由的保障。
  - B. “恶法亦法”观点强调法律的权威来自于法律自身，与法律之外的因素无关。
  - C. “徒法不足以自行”，因此法律不是万能的。
  - D. “有治人，无治法”，反映了中国古代“以法治国”的法治观。
3. (四川2008-1-51)<sup>②</sup> 关于法的作用，下列哪些选项是错误的？
- A. 法是由人创制的，人们在立法时受社会条件的制约
  - B. 法律人在处理法律问题时没有自己的价值立场
  - C. 法具有概括性，能够涵盖社会生活的所有方面
  - D. 法律不能要求人们去从事难以做到的事情

## 考点五 法的价值种类、价值冲突及其平衡

### 法学理论

#### (一) 法的价值种类

##### 1. 法的秩序价值

- (1) 秩序是法律所要实现的最基本的价值和首要价值，它构成法律调整的出发点。
- (2) 秩序也是法律所要保护和实现的其他价值的基础，没有秩序，其他价值便成了无源之水。

##### 2. 法的自由价值

- (1) 自由是现代法的最高价值，比其他价值更重要、更根本、更珍贵。
- (2) 自由是现代法的根本目的，保障人权与自由是现代法治的根本目标。
- (3) 自由也是评价法律好坏善恶的标准之一。
- (4) 法律上的自由不等于任意妄为，自由意味着正当的权利，自由要受法律的限制和约束，不能损害他人和社会利益，不得侵犯公序良俗。

##### 3. 法的正义价值

- (1) 正义是人类普遍公认的崇高价值，因此当然也是现代法律追求的目标。
- (2) 正义是法的基本标准、法的评价体系、法的推动力量，也是衡量法律优劣的尺

<sup>①</sup> ABC。“法典是人民自由的圣经”，这表明了法律是自由的保障；“恶法亦法”是分析法学派的观点，强调法律的权威与法律之外的道德因素无关；“徒法不足以自行”，表明法律不是万能的，它需要人和社会；中国古代有法家思想，但没有法治观念，两者是不同的。

<sup>②</sup> BC。立法必须考虑现实，受社会条件的制约，法律不能要求人们去从事难以做到的事情，这是正确的。法律人在处理法律问题时是有自己的价值立场的，法律适用在很大程度上是个价值判断的过程。法具有概括性，但法律也具有局限性，法律不可能涵盖社会生活的所有方面。







度，尤其是自然法学派特别强调法律的正义性。

(3) 法律上的正义包括立法正义和司法正义，而司法正义又有实体正义和程序正义的区分，在当代中国，司法要追求实体正义和程序正义的统一。

## (二) 法的价值冲突

1. 含义：法的价值是一个多元化的庞大体系，其中包含着不同的价值准则，每一种价值又都有自身相对的独特性。法律所追求的多重价值之间经常会发生冲突，这种冲突即为法的价值冲突。例如，当一个国家遭遇紧急状态时，政府往往需要牺牲公民的部分自由来保障法律的秩序价值。

2. 价值冲突的形式或场合：个体之间的价值冲突（如生产企业和销售企业）、共同体之间的价值冲突（如资本家集团和劳工集团）、个体与共同体之间的价值冲突（如个人和政府）。

## (三) 价值冲突的平衡

1. 价值位阶原则：即“鱼与熊掌不可兼得，舍鱼而取熊掌”，就是说在不同位阶的法的价值发生冲突时，在先的价值优于在后的价值。在法律价值之间发生冲突时，可以考虑按照位阶顺序来确定何者应优先保护。

2. 个案平衡原则：即“脚踩两只船”，就是指在处于同一位阶上的法的价值之间发生冲突时，必须综合考虑主体之间的特定情形、需求和利益，以使得个案的解决能够适当兼顾双方的利益。

3. 比例原则：价值冲突中的“比例原则”，是指为保护某种较为优越的法的价值必须侵犯另外一种价值时，不得逾越此目的所必要的程度。例如，为维护公共秩序，必要时可能会实行交通管制，但应尽可能实现“最小损害”或“最少限制”，以保障社会上人们的行车自由。这就是说，即使某种价值的实现必然会以其他价值的损害为代价，也应当使被损害的价值减低到最小限度。

### 考点解析

#### 1. 法的价值种类

法的价值，就是法这种客体对于主体所具有的积极意义，是法对主体需要的满足及其程度。换言之，是法律的存在给人类社会带来的美好的、正面的、积极的意义。

现代法律给人类社会带来了诸多价值，包括秩序、自由、利益、正义、平等、安全等。在理解法的各种价值时，需要注意以下几个问题：

(1) 如何正确理解自由。“生命诚可贵，爱情价更高。若为自由故，两者皆可抛”，自由是法律的最高价值，是法律的终极目标。但是，法律中的自由是相对自由而非绝对自由，是受约束的自由而非为所欲为，所以法国思想家孟德斯鸠才说：“在一个有法律的社会里，自由仅仅是：一个人能够做他应该做的事情，而不被强迫去做他不应该做的事情……自由是做法律所许可的一切事情的权利。”

(2) 如何理解秩序和自由之间的关系。秩序是法的最基本价值，自由是法的最高价值，前者是后者的基础，如果社会失去了秩序，则一切价值都将不存在，哪里还有什么自由可言。

(3) 正确理解司法中的实体正义和程序正义。实体正义不论过程，只强调审判结果的

绝对正确，而程序正义则强调审判过程必须符合法律的正当程序，程序合法则结果推定为合法，程序违法则结果一定错误。在当代中国，应追求审判的社会效果和法律效果的统一，实体正义和程序正义的统一。

## 2. 法的价值冲突及其平衡

价值冲突的平衡原则是一个比较难把握的考点，对它的考查可能是通过案例的方式进行，因此在这里需要注意：

(1) 价值位阶原则在法律中的体现和运用。比如，自由优先于秩序，公正优先于效率，生命权优先于财产权等。而我国《刑法》第21条第1款规定：“为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在发生的危险，不得已采取的紧急避险行为，造成损害的，不负刑事责任。”这个关于紧急避险的制度也可以通过价值位阶原则得到解释。

(2) 个案平衡案例：公司法中的人格否认制度（也称揭开公司神秘面纱）。公司法人人格否认，是指为阻止对公司独立人格的滥用，就具体法律关系中的特定事实，否认公司与其背后的股东各自独立的人格及股东的有限责任，责令公司的股东对公司债权人或公共利益直接负责，以实现公平、正义目标之要求而设置的一种法律措施。

(3) 比例原则举例：①我国《刑法》第20条第1款和第2款规定：为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害，而采取的制止不法侵害的行为，对不法侵害人造成损害的，属于正当防卫，不负刑事责任。正当防卫明显超过必要限度造成重大损害的，应当负刑事责任，但是应当减轻或者免除处罚。②联合国《公民权利与政治权利公约》第4条规定：在社会紧急状态威胁到国家的生命并经正式宣布时，本公约缔约国得采取措施克减其在本公约下所承担的义务，但克减的程度以紧急情势所严格需要者为限，此等措施并不得与她根据国际法所负有的其他义务相矛盾，且不得包含纯粹基于种族、肤色、性别、语言、宗教或社会出身的理由的歧视。

最后需要注意的是，法律价值及其冲突的问题在客观题考核中经常会与法律规则、法律原则、法律推理与法律解释等其他考点结合在一起出题，因而复习时也要有意识地把这些问题综合把握。

### 真题演练

1. (2005-1-1)① 法律与利益有着内在的联系。下列关于法律与利益关系的表述，哪一项是错误的？

- A. 法对社会的控制和调整主要通过对利益的调控而实现
- B. 法律是分配利益的重要手段，法律表达利益的过程，同时也是对利益选择的过程
- C. 民法的诚信原则在维护民事活动中当事人利益和社会利益的平衡方面具有积极作用
- D. 离开了法律，利益就无从产生，也无以存在

2. (2005-1-56)② 《中华人民共和国民法通则》第7条规定：“民事活动应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益，破坏国家经济计划，扰乱社会经济秩序。”对这条规

① D。“离开了法律，利益就无从产生，也无以存在”，这句话颠倒了法和利益的关系，利益是法的基础，而不是相反。

② ABC。民法中这一条的内容是法律原则而非规则。既然是原则，则在适用时应是规则优先。这一条的内容所反映的是秩序价值。由于该条涉及私人利益和公共利益，所以在处理民事案件时可以采取“个案平衡原则”适用这一条文。





定，下列哪些理解不正确？

- A. 这一条的内容是法律规则
- B. 一切民事案件均可以优先适用这一条文
- C. 这一条的内容所反映的是正义的价值
- D. 在处理民事案件时可以采取“个案平衡原则”适用这一条文

3. (2008-1-2)① 关于法律与自由，下列哪一选项是正确的？

- A. 自由是至上和神圣的，限制自由的法律就不是真正的法律
- B. 自由对人至关重要，因此，自由是衡量法律善恶的唯一标准
- C. 从实证的角度看，一切法律都是自由的法律
- D. 自由是神圣的，也是有限度的，这个限度应由法律来规定

4. (2009-1-12)② 《集会游行示威法》第4条规定：“公民在行使集会、游行、示威的权利的时候，必须遵守宪法和法律，不得反对宪法所确定的基本原则，不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利。”关于这一规定，下列哪一说法是正确的？

- A. 该条是关于权利的规定，因此属于授权性规则
- B. 该规定表明法律保护人的自由，但自由也应受到法律的限制
- C. 公民在行使集会、游行、示威的权利的时候，不得损害国家的、社会的、集体的利益，因此国家利益是我国法律的最高价值
- D. 该规定的内容比较模糊，因而对公民不具有指导意义

5. (2005-1-2)③ 出租车司机甲送孕妇乙去医院，途中乙临产，情形危急。为争取时间，甲将车开至非机动车道掉头，被交警拦截并被告知罚款。经甲解释，交警对甲未予处罚且为其开警车引道，将乙及时送至医院。对此事件，下列哪一项表述是正确的？

- A. 在此交通违章的处理中，交警主要使用了形式逻辑的推理方法。
- B. 警察对违章与否的解释属于“行政解释”。
- C. 在此事件的认定中，交警进行了法的价值判断。
- D. 此事件所反映出的价值之间没有冲突。

6. (2008-1-3)④ 我国《刑法》第21条规定，为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在发生的危险，不得已采取的紧急避险行为，造成损害的，不负刑事责任。紧急避险超过必要限度造成不应有的损害的，应当负刑事责任，但是应当减轻或者免除处罚。该条文中的价值平衡，适用的是下列哪一项原则？

- A. 价值位阶原则
- B. 个案平衡原则
- C. 比例原则
- D. 功利原则

① D. 自由是神圣的，但也应受到法律的限制，自由是衡量法律善恶的标准之一；法律必须体现自由，这是应然追求，不排除现实中还存在剥夺自由的恶法。法理学上讲的自由指法律权利，因此自由的限度当然应由法律来作出规定。

② B. 《集会游行示威法》第4条规定是义务性规则，对公民行为具有指导意义。该规定表明公民具有集会、游行、示威的权利，但该权利应受法律的限制。

③ C. 在此交通违章的处理中，交警主要使用了辩证逻辑的推理方法，换句话说，交警在不同的法律价值之间进行了法的价值判断。

④ C. 紧急避险超过必要限度造成不应有的损害的，应当负刑事责任，这是价值冲突中比例原则的体现。

### 法学理论

#### （一）法律规则的逻辑结构

##### 1. 假定条件

假定条件指法律规则中有关适用该规则的条件和情况的部分，即法律规则在什么时间、空间、对什么人适用以及在什么情境下法律规则对人的行为有约束力的问题。它包含两个方面：

（1）法律规则的适用条件，就是关于该条规则适用的地域范围、时间范围和对象范围。

（2）行为主体的行为条件，就是关于适用该规则的法律主体的资格、身份、能力等规定。

##### 2. 行为模式

行为模式指法律规则中规定人们如何具体行为之方式或范型的部分。它是从人们大量的实际行为中概括出来的法律行为要求，分为三种：

（1）可为模式：表现为“可以……，有权……”，是关于权利和自由的规定。

（2）应为模式：表现为“应当……，必须……”，是关于积极作为义务的规定。

（3）勿为模式：表现为“禁止……，不可……”，是关于消极不作为义务的规定。

##### 3. 法律后果

法律后果指法律规则中规定人们在作出符合或不符合行为模式的要求时应承担的相应结果的部分，是法律规则对人们具有法律意义的行为的态度。法律后果分为两种：

（1）合法后果：又称肯定式的法律后果，是法律规则中规定人们按照行为模式的要求行为而在法律上予以肯定的后果，它表现为法律规则对人们行为的保护、许可或奖励；

（2）违法后果：又称否定式的法律后果，是法律规则中规定人们不按照行为模式的要求行为而在法律上予以否定的后果，它表现为法律规则对人们行为的制裁、不予保护、撤销、停止，或要求恢复、补偿等。

#### （二）法律规则和法律条文的关系

1. 一个完整的法律规则由数个法律条文来表述，也就是说，构成该法律规则的假定条件、行为模式、法律后果三部分分散在不同的法律条文中。

2. 法律规则的内容分别由不同的规范性法律文件的法律条文来表述，也就是说，构成该法律规则的三部分要件分别规定在不同的法律文件之中，比如关于某专利犯罪的规则可能由专利法的一个条款和刑法的一个条款共同表述。

3. 一个条文表述不同的法律规则或其要素，比如在一个条款中规定了多个法律规则，以《刑法》第347条为例，在一个条文中就包括了走私毒品、贩卖毒品、运输毒品、制造毒品四个犯罪的规则。

4. 法律条文仅规定法律规则的某个要素或若干要素，如《刑法》第6条第1款规定：“凡在中华人民共和国领域内犯罪的，除法律有特别规定的以外，都适用本法。”这一条款就仅仅规定了刑法诸多规则的假定条件的部分内容，而毫不涉及行为模式及法律后果。





### （三）法律规则的分类

1. 按照法律规则的内容规定不同，分为授权性规则和义务性规则。授权性规则，是指规定人们有权做一定行为或不做一定行为的规则，即规定人们的“可为模式”的规则；义务性规则，是指在内容上规定人们的法律义务，即有关人们应当作出或不得作出某种行为的规则，它分为两种：命令性规则和禁止性规则，前者是关于积极的作为义务的规定，后者是关于消极的不作为义务的规定。

2. 按照规则内容的确定性程度不同，分为确定性规则、委任性规则和准用性规则。确定性规则，是指内容本已明确肯定，无须再援引或参照其他规则来确定其内容的法律规则；委任性规则，是指内容尚未确定，而只规定某种概括性指示，由相应国家机关通过相应途径或程序加以确定的法律规则；准用性规则，是指内容本身没有规定人们具体的行为模式，而是可以援引或参照其他相应内容规定的规则。

3. 按照规则对人们行为规定和限定的范围或程度不同，分为强行性规则和任意性规则。强行性规则，是指内容规定具有强制性质，不允许人们随便加以更改的法律规则。义务性规则、职权性规则属于强行性规则；任意性规则，是指规定在一定范围内，允许人们自行选择或协商确定为与不为、为的方式以及法律关系中的权利义务内容的法律规则。

#### 考点解析

关于这个考点，补充说明如下：

1. 法律规则是采取一定的结构形式具体规定人们的法律权利、法律义务以及相应的法律后果的行为规范，它构成法律的最主要部分。法律规则具有严格的逻辑结构，由假定条件、行为模式和法律后果组成，其中行为模式处于核心地位。假定条件在法律表述中一般省略，但并非不存在，它可以在法律总则或者法理中找到，它包含两个方面：法律规则的适用条件，主要包括该规则的时间、空间效力范围；行为主体的行为条件，主要包括对行为人资格、能力的要求。

2. 关于法律条文和法律规则的关系，简单说来，法律规则是法律条文的内容，法律条文是法律规则的载体。法律条文和法律规则并非一一对应的关系，也就是说，并非每一个法律条文都会表述一个法律规则，一个法律规则可以通过一个法律条文来表述，也可以通过若干个法律条文来表述。

3. 法律规则的分类是一个常考的问题。在这里要注意：①授权性规则和义务性规则比较容易区分，但要看到有的法律规则既是授权性规则又是义务性规则，如关于教育权的规则。②授权性法律规则主要是针对公民、自然人的，而委任性法律规则主要针对国家机关、机构的；授权性规则规定公民可以享受或不享受权利，有选择性，委任性规则是委托某个机关去做某事，没有选择性，该机关必须要做。

对这个考点的考查主要是通过列举法条来进行考核的，考生要对上述三个方面有综合性理解。



1. (2004-1-5)<sup>①</sup> 法律规则是法律的基本构成因素。下列关于法律规则分类的表述哪一项可以成立?

A. 《律师法》第14条规定:“没有取得律师执业证书的人员,不得以律师名义执业,不得为牟取经济利益从事诉讼代理或者辩护业务。”此规定为义务性规则。

B. 《中小企业促进法》第31条规定:“国家鼓励中小企业与研究机构、大专院校开展技术合作、开发与交流,促进科技成果产业化,积极发展科技型中小企业。”此规定为强行性规则。

C. 《宪法》第40条规定:“中华人民共和国公民的通信自由和通信秘密受法律的保护。除因国家安全或者追查刑事犯罪的需要,由公安机关或者检察机关依照法律规定的程序对通信进行检查外,任何组织或者个人不得以任何理由侵犯公民的通信自由和通信秘密。”此规定为命令性规则。

D. 《医疗事故处理条例》第62条规定:“军队医疗机构的医疗事故处理办法,由中国人民解放军卫生主管部门会同国务院卫生行政部门依据本条例制定。”此规定为准用性规则。

2. (2007-1-2)<sup>②</sup> 我国《宪法》第26条第1款规定:“国家保护和改善生活环境和生态环境,防治污染和其他公害。”下列哪一选项是正确的?

A. 该条文体现了国家政策,是典型的法律规则

B. 该条文既是法律原则,也体现了国家政策的要求

C. 该条文是授权性规则,规定了国家机关的职权

D. 该条文没有直接规定法律后果,但仍符合法律规则的逻辑结构

3. (2008-1-54)<sup>③</sup> 关于法律规则的逻辑结构与法律条文,下列哪些选项是正确的?

A. 假定部分在法律条文中不能省略

B. 行为模式在法律条文中可以省略

C. 法律后果在法律条文中不能省略

D. 法律规则三要素在逻辑上缺一不可

4. (四川2008-1-5)<sup>④</sup> 《劳动合同法》第19条规定:“劳动合同期限3个月以上不满1年的,试用期不得超过1个月;劳动合同期限1年以上不满3年的,试用期不得超过2个月;3年以上固定期限和无固定期限的劳动合同,试用期不得超过6个月。”关于这个条文,下列哪一选项是错误的?

A. 该条规定不属于法律原则

B. 该条规定属于法律规则中的授权性规则

C. 该条规定对于签订劳动合同的劳动者与用人单位具有指引作用

① A. “没有取得律师执业证书的人员,不得以律师名义执业,不得为牟取经济利益从事诉讼代理或者辩护业务。”该规定为当事人设定了不作为的消极义务,属于典型的义务性规则;B为任意性规则;C为禁止性规则;D为委任性规则。

② B. “国家保护和改善生活环境和生态环境,防治污染和其他公害”的宪法条文缺乏法律规则的必备结构,没有明确的法律后果,所以属于原则而非规则,由于保护环境属于我国的政策,因此该规则属于政策性原则而非公理性原则。另外,该原则的内容是义务性而非授权性,它是对国家规定义务。

③ BD. 法律规则和法律条文是两回事,规则是内容,条文是载体。对于一个完整的法律规则来说,假定条件、行为模式、法律后果在逻辑上是缺一不可的。但在具体的某个条文中,则可能三个要件都存在被省略的可能性。

④ B. 《劳动合同法》该条属于义务性规则,具有指引、评价等规范作用。



D. 审理劳动合同纠纷的仲裁员可以该条规定判断劳动合同的相关条款合法还是违法、有效还是无效,就此而言,该条规定具有评价作用

5. (2009-1-10)<sup>①</sup>《劳动争议调解仲裁法》第5条规定:“发生劳动争议,当事人不愿协商、协商不成或者达成和解协议后不履行的,可以向调解组织申请调解;不愿调解、调解不成或者达成调解协议后不履行的,可以向劳动争议仲裁委员会申请仲裁;对仲裁裁决不服的,除本法另有规定的外,可以向人民法院提起诉讼。”关于这一规定,下列哪一说法是错误的?

- A. 从法的要素角度看,该规定属于任意性规则
- B. 从法的适用角度看,该规定在适用时不需要法官进行推理
- C. 从法的特征角度看,该规定体现了法的可诉性特点
- D. 从法的作用角度看,该规定为行为人提供了不确定的指引

## 考点七

## 法律原则:法律精神和灵魂的载体

### 法学理论

法律原则,是为法律规则提供某种基础或根源的综合性的、指导性的价值准则或规范,是法律的精神与灵魂的体现。

#### 1. 法律原则的种类

(1) 政策性原则和公理性原则,前者是根据国家特殊时期的任务而规定的,容易变化,后者是从法理中演化出来的,更加稳定。

(2) 基本原则和具体原则,前者如宪法中的人人平等原则,后者如刑事诉讼法中的辩护原则。

(3) 实体性原则和程序性原则,前者规定在民法、刑法等实体法中,后者规定在诉讼法中。

#### 2. 法律原则和法律规则的区别

(1) 在内容上,法律规则规定的内容比较具体、明确、肯定,因此可以说,法律规则着眼于行为的共性;法律原则规定的内容相对比较模糊、抽象、宏观,因此可以说,法律原则不仅关注行为的共性,也关注行为的个性。

(2) 在适用范围上,法律规则仅适用于某一类行为,而法律原则的适用范围则广于法律规则。

(3) 在适用方法上,法律规则具有排他性,一个案件仅对应一个确定的规则;而法律原则不具有排他性,同一个案件,也许多个原则都可以同时适用。

#### 3. 法律原则在审判中的适用

(1) 穷尽法律规则,方得适用法律原则。

(2) 除非为了实现个案正义,否则不得舍弃法律规则而直接适用法律原则。

(3) 没有更强理由,不得径行适用法律原则。

<sup>①</sup> B.《劳动争议调解仲裁法》第5条属于任意性规则,为行为人提供了不确定的指引。同时,作为法律规范,它具有可诉性特征。任何法律都不会自动运行,因此当然需要法官的推理活动。



在这个考点下主要有两个方面的问题需要注意：

1. 法律规则和法律原则的区别，两者的区别很多，但最核心的区别在于：规则要有假定条件、行为模式和法律后果三个要素，而原则一般仅规定行为模式而缺乏法律后果；规则关注行为的共性，意在消减法官的自由裁量，而原则则同时关注行为个性，允许法官自由裁量以实现个案正义。为应对案例考查，考生在平时复习部门法法条时应有意识地留意该部门法的原则，以免和法律规则混淆。

2. 重要的是法律原则的适用问题。法律原则在司法中具有特殊的作用，它可以克服法律规则的僵硬性缺陷，弥补法律漏洞，保证个案正义，在一定程度上缓解了规范与事实之间的缝隙，从而能够使法律更好地与社会相协调一致。但由于法律原则内涵高度抽象，外延宽泛，不像法律规则那样对假定条件和行为模式有具体明确的规定，所以当法律原则直接作为裁判案件的标准发挥作用时，会赋予法官较大的自由裁量权，从而不能完全保证法律的确定的性和可预测性。为了将法律原则的不确定性减小在一定程度之内，需要对法律原则的适用设定严格的条件：

(1) 穷尽法律规则，方得适用法律原则。这个条件要求，在有具体的法律规则可供适用时，不得直接适用法律原则。只有出现无法律规则可以适用的情形，法律原则才可以作为弥补“规则漏洞”的手段发挥作用。

(2) 除非为了实现个案正义，否则不得舍弃法律规则而直接适用法律原则。这个条件要求，如果某个法律规则适用于某个具体案件，没有产生极端的让人们不可容忍的不正义的裁判结果，法官就不得轻易舍弃法律规则而直接适用法律原则。这是因为任何特定国家的法律人首先理当崇尚的是法律的确定性。在法的安定性和合目的性之间，法律首先要保证的是法的安定性。

(3) 没有更强理由，不得径行适用法律原则。也就是说，在直接适用法律原则处理案件时，法官必须提供充分的足以使人信服的论证，表明其对法律原则的适用是合法正当的。

关于法律三个要素之间的比较可见下表。

法的要素	特 点	分 类
法律规则	(1) 具有严格的逻辑结构（假定条件、行为模式、法律后果）； (2) 规定明确具体； (3) 只适用于某一类型的行为； (4) 以“全有或全无的方式”应用于个案	(1) 授权性规则和义务性规则（包括命令和禁止两类）； (2) 确定性规则、委任性规则和准用性规则； (3) 强行性规则和任意性规则
法律原则	(1) 规定笼统模糊，没有假定条件和法律后果； (2) 具有较大的适用范围； (3) 多个法律原则可以同时并存于一部法律或个案中	(1) 公理性原则和政策性原则； (2) 基本原则和具体原则； (3) 实体性原则和程序性原则
法律概念	本身不是独立的法的要素，必须依附于法律规则或法律原则	(1) 基本法律概念和非基本法律概念； (2) 时间概念、空间概念、涉人概念、涉事概念、涉物概念





1. (2004-1-4)<sup>①</sup> 下列关于法律原则的表述哪一项是错误的?

- A. 法律原则不仅着眼于行为及条件的共性,而且关注它们的个别性
- B. 法律原则在适用上容许法官有较大的自由裁量余地
- C. 法律原则是以“全有或全无的方式”应用于个案当中的
- D. 相互冲突的法律原则可以共存于一部法律之中

2. (2006-1-1)<sup>②</sup> 我国《合同法》第41条规定:“对格式条款的理解发生争议的,应当按照通常理解予以解释。对格式条款有两种以上解释的,应当作出不利于提供格式条款一方的解释。格式条款和非格式条款不一致的,应当采用非格式条款。”对该法律条文的下列哪种理解是错误的?

- A. 该法律条文规定的内容是法律原则。
- B. 格式条款本身追求的是法的效率或效益价值,该法律条文规定的内容追求的是法的正义价值。
- C. 该法律条文是对法的价值冲突的一种解决。
- D. 该法律条文规定了法律解释的方法和遵循的标准。

3. (2007-1-3)<sup>③</sup> 关于法律概念、法律原则、法律规则的理解和表述,下列哪一选项不能成立?

- A. 法律规则并不都由法律条文来表述,并非所有的法律条文都规定法律规则。
- B. 法律原则最大程度地实现法律的确信性和可预测性。
- C. 法律概念是解决法律问题的重要工具,但是法律概念不能单独适用。
- D. 法律原则可以克服法律规则的僵硬性缺陷,弥补法律漏洞。

4. (2008-1-51)<sup>④</sup> 关于法律原则的适用,下列哪些选项是错误的?

- A. 案件审判中,先适用法律原则,后适用法律规则
- B. 案件审判中,法律原则都必须无条件地适用
- C. 法律原则的适用可以弥补法律规则的漏洞
- D. 法律原则的适用采取“全有或全无”的方式

① C. 法律规则是以“全有或全无的方式”应用于个案当中的,也就是说,一个规则要么适用于该案件,要么不适用于该案件,而不同的法律原则在一个案件中其实可以并存,只不过其重要程度不同而已。

② A. 该条规定是关于合同解释的详细说明,有具体的行为准则,属于法律规则而非法律原则。

③ B. 一般来说,法律条文是法律规则的表现形式,并非所有的法律条文都规定法律规则。规则与原则不同,规则明确具体,能够最大程度地实现法律的确信性和可预测性,原则抽象宏观,可以克服法律规则的僵硬性缺陷,弥补法律漏洞。法律概念不属于法律规范,它只是解决法律问题的重要工具,但是法律概念不能单独适用,必须和规则、原则配合起来才能发挥作用。

④ ABD. 在司法审判中,应先适用规则。而原则的适用是有条件的,即穷尽规则方可适用原则,因此原则具有弥补规则漏洞的作用。不同的法律原则可以同时应用于一个案件之中,因此原则的适用不是采取“全有或全无”的方式。



## 法学理论

### 1. 权利与义务分类

(1) 基本权利义务和普通权利义务，前者指宪法规定的权利义务，后者指普通法律规定的权利义务。

(2) 绝对权利义务和相对权利义务，前者具有特定的主体对应，后者以不特定的主体为对象。绝对权利如财产所有权、人身权、选举权等，相对权利如亲权、配偶权、债权等。

(3) 个人权利义务、集体权利义务和国家权利义务。

### 2. 权利与义务的关系

(1) 在结构上紧密联系、不可分割，没有无义务的权利，也没有无权利的义务。

(2) 在数量上总量相等，有多少个权利，也有多少个对应的义务。

(3) 在产生和发展上经历了从浑然一体到分裂对立再到相对一致的过程。

(4) 在价值上，权利和义务分别代表了不同的法律精神，古代法律以义务为本位，现代法律以权利为本位。

## 考点解析

权利和义务是法学中的核心概念和基本范畴，这个问题放在这里，是因为在逻辑上它和法律规则紧密相关。从考试的角度讲，对权利义务问题考查的出题点主要是其分类，而考核方式主要是把它和法律关系联系起来考查的，因此考生在复习时要注意结合法律关系的问题一起理解。

## 真题演练

1. (2003-1-83)<sup>①</sup> 下列何种表述符合权利与义务的一般关系？

- A. 法律权利和义务相互依存
- B. 权利和义务具有一定的界限区别
- C. 在任何历史时期，权利总是第一性的，义务总是第二性的
- D. 权利是义务，义务也是权利

2. (2007-1-91)<sup>②</sup> 我国《婚姻法》第33条规定：现役军人的配偶要求离婚，须得军人的同意，但军人一方有重大过错的除外。依据法理学的有关原理，下列正确的表述是：

- A. 该条中所规定的军人的配偶在离婚方面所承担的义务没有相应的权利存在
- B. 现役军人与其配偶之间的权利义务是不一致的
- C. 该条所规定的法律义务是一种对人义务或相对义务
- D. 该法律条文完整地表达了一个法律规则的构成要素

<sup>①</sup> AB。在历史上，只有进入近现代之后，权利才是第一性，而义务是第二性的，以前的法律往往是以义务为本位的。另外“权利是义务，义务也是权利”的说法无视两者区别的客观事实。

<sup>②</sup> C。《婚姻法》第33条规定涉及军人夫妻离婚时的权利义务，这里的权利与义务是相互对应的，也是一致的。这里的义务是有明确对象的，属于一种对人义务或相对义务。该法律条文并未完整地表达了一个法律规则的构成要素，因为它缺乏假定条件和法律后果的规定。



## 考点九 法的渊源：法的表现形式和栖身之地

### 法学理论

#### 1. 中国法的正式渊源

(1) 宪法、法律、行政法规、地方性法规、民族自治法规、经济特区法规、特别行政区法。

(2) 行政规章：尽管在行政诉讼中其效力较低，但依然是正式法渊源。

(3) 国际条约与惯例：国际条约应是我国参加和缔结的，国际惯例是由国际法院判例或国际法规则体现的。

#### 2. 中国法的非正式渊源

(1) 国家政策。《民法通则》第6条：民事活动必须遵守法律，法律没有规定的，应当遵守国家政策。

(2) 习惯。《合同法》第61条：合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同有关条款或者交易习惯确定。

(3) 法理。大陆法系民法的通行原则是“有法律依法律，无法律依习惯，无习惯则依法理。”

(4) 其他。判例、外国法、行业纪律等。

#### 3. 正式的法的渊源的效力原则

(1) 全国性法律优先原则。

(2) 特别法优先原则，前提是法律位阶相同。

(3) 后法优先或称新法优先原则，前提是法律位阶相同。

(4) 实体法优先原则。

(5) 国际法优先原则，但国际法不能超越宪法。

(6) 上级人民政府的规章的效力高于下级人民政府的规章的效力。

### 考点解析

1. 在这个考点之下需要特别关注一个问题：正式的法的渊源的效力原则。关于正式的法的渊源的效力原则，结合学理及我国《立法法》的规定，主要包括：①全国性法律优先原则；②特别法优先原则；③后法优先或新法优先原则；④实体法优先原则；⑤国际法优先原则；⑥上级人民政府制定的规章的效力高于下级人民政府制定的规章。此外，法律之间对同一事项的新的一般规定与旧的特别规定不一致，不能确定如何适用时，由全国人民代表大会常务委员会裁决；行政法规之间对同一事项的新的一般规定与旧的特别规定不一致，不能确定如何适用时，由国务院裁决。

2. 对于基本处于同一位阶的法律之间出现冲突的问题，我国《立法法》规定：①自治条例和单行条例依法对法律、行政法规、地方性法规作变通规定的，在本自治地方适用自治条例和单行条例的规定。②经济特区法规根据授权对法律、行政法规、地方性法规作变通规定的，在本经济特区适用经济特区法规的规定。③地方性法规、规章之间不一致



时,由有关机关依照下列规定的权限作出裁决:第一,同一机关制定的新的一般规定与旧的特别规定不一致时,由制定机关裁决;第二,地方性法规与部门规章之间对同一事项的规定不一致,不能确定如何适用时,由国务院提出意见,国务院认为应当适用地方性法规的,应当决定在该地方适用地方性法规的规定;认为应当适用部门规章的,应当提请全国人民代表大会常务委员会裁决;第三,部门规章之间、部门规章与地方政府规章之间对同一事项的规定不一致时,由国务院裁决。第四,根据授权制定的法规与法律规定不一致,不能确定如何适用时,由全国人民代表大会常务委员会裁决。

### 真题演练

1. (2005-1-3)<sup>①</sup> 黄某于2000年4月在某市住宅区购得一套住房,2001年7月取得房产证。当年10月黄某将住房租借给廖某。廖某在装修该房时损坏自来水管道,引起漫水,将楼下住户陈某的住房浸泡。陈某要求廖某予以赔偿。对此事件,下列哪一种说法是正确的?

- A. 黄某对自己所购买的住房仅有相对权,故其法律义务也是相对的
- B. 廖某不是住房的所有人,故对陈某的损失不负法律责任
- C. 此侵权案件首先应依据法律原则来加以处理
- D. 此案件的处理应直接适用法的正式渊源

2. (2005-1-54)<sup>②</sup> 下列有关法源的说法哪些不正确?

- A. 大陆法系的主要法源是制定法
- B. 英美法系的法源中没有成文宪法
- C. 不同国家的法源之间不能进行移植
- D. 在法律适用过程中,一般先适用正式法源,然后适用非正式法源

3. (2008-1-56)<sup>③</sup> 根据我国《立法法》的规定,关于不同的法律渊源之间出现冲突时的法律适用,下列哪些选项是错误的?

- A. 自治条例、单行条例与地方性法规不一致的,适用地方性法规
- B. 地方性法规和部门规章之间的效力没有高下之分,发生冲突时由国务院决定如何适用
- C. 公安部的部门规章与民政部的部门规章不一致时,按照新法优于旧法的原则处理,直接选择后颁布的部门规章加以适用

D. 某市经授权制定的劳动法规与我国《劳动法》的规定不一致,不能确定如何适用时,由全国人大常委会裁决

4. (四川2008-1-52)<sup>④</sup> 关于非正式法源,下列哪些选项是正确的?

- A. 它具有一定的说服力
- B. 它可以弥补正式法源的漏洞
- C. 它没有正式的法律效力,司法机关不能以它作为裁判案件的理由
- D. 它具有法律意义

① D. 黄某对自己所购买的住房具有绝对权,对该问题国家有法律规定,因此案件的处理应直接适用法的正式渊源,适用相应法律规则。

② BC. 英美法系的法源中有成文宪法,如美国1789年宪法。不同国家的法源之间可以进行移植,如日本移植德国法。

③ ABC. 参见《立法法》第86条。

④ ABD. 非正式渊源没有正式的法律效力,但具有法律意义和说服力,可以弥补正式法源的漏洞,在正式法律不足的时候,可以作为司法机关裁判案件的理由和依据。



5. (四川 2008-1-54)<sup>①</sup>《民法通则》第7条规定:“民事活动应当尊重社会公德。”《合同法》第7条规定:“当事人订立、履行合同,应当遵守法律、行政法规,尊重社会公德。”某县法院的法官在审理一起合同纠纷时认为该合同内容违反了社会公德,因此判定该合同无效。关于本案,下列哪些选项是正确的?

- A. 法律、行政法规、社会公德都是法的渊源
- B. 在本案审判中,法官的解释具有一定的价值取向性
- C. 判决的可接受性是法官在判案过程所考量的因素
- D. 违反公共道德的民事行为也可能被法院判为无效,这说明在司法审判中,道德规范具有和法律规则同等的法律效力

6. (四川 2008-1-55)<sup>②</sup>杜某委托装修公司装修新婚用房。装修公司的一个员工在杜某的房屋里自缢身亡。杜某认为,按照民间传统,死过人的房屋不宜作新房,遂起诉装修公司,要求为自己另购新房,并承担违约责任和精神损害赔偿。法院驳回了原告的诉讼请求。关于本案,下列哪些选项是正确的?

- A. 风俗习惯没有法律上的意义
- B. 法律的正当性与风俗习惯的正当性不能等同
- C. 该民间传统属于宗教信仰的范畴,应当受到法律的保护
- D. 法律与人们的传统观念之间存在冲突

7. (2009-1-53)<sup>③</sup>2007年,某国政府批准在实验室培育人兽混合胚胎,以用于攻克帕金森症等疑难疾病的医学研究。该决定引发了社会各界的广泛关注和激烈争议。对此,下列哪些评论是正确的?

- A. 目前人兽混合胚胎研究在法律上尚未有规定,这是成文法律局限性的具体体现
- B. 人兽混合胚胎研究有可能引发严重的社会问题,因此需要及时立法给予规范和调整
- C. 如因该研究成果发生了民事纠纷而法律对此没有规定,则法院可以依据道德、习惯或正义标准等非正式法律渊源进行审理
- D. 如该国立法机关为此制定法律,则制定出的法律必然是该国全体公民意志的体现

## 考点十 法律体系

### 法学理论

#### 1. 法律体系

- (1) 法律体系是一国的全部现行法,不包括已废止的和未生效的法律。
- (2) 法律体系仅包括一国的国内法,而不包括国际法。

① ABC。法律、行政法规、社会公德都是法的渊源,但不能因此说道德规范具有和法律规则同等的法律效力。在本案审判中,由于考虑到道德因素,因此法官的解释具有一定的价值取向性。另外,判决的可接受性是法官在判案过程必须考量的因素,也就是说法官要论证其判决的合法性、正当性。

② BD。一项要求,按照当地习俗是正当的,但在法律上则未必会得到支持,这说明法律的正当性与风俗习惯的正当性不能等同,法律与人们的传统观念之间可能存在冲突。另外,风俗习惯作为非正式渊源是有法律意义的,但本案中的风俗不属于宗教信仰的内容,因此不应受到法律保护。

③ ABC。法律在人兽混合胚胎研究问题上没有规定,这显然是成文法滞后性和局限性的体现,在此情况下,立法机关要及时立法弥补法律空白,而在民事审判中,法官可以依据非正式渊源来审理案件。立法是统治阶级主流意志的体现,不可能是全体公民意志的体现。





(3) 法律体系是以部门法而非单个法律文件为基本单位。

(4) 法律体系反映了法的统一性和系统性，是客观的立法成果和主观的学术研究相结合的产物。

## 2. 法律部门的划分标准

(1) 调整对象：即法律调整的社会关系。

(2) 调整方法：即在调整社会关系时使用的手段和方法。

## 3. 公法、私法和社会法

(1) 公法与私法的划分源于古罗马法学家乌尔比安。

(2) 公法包括宪法、行政法、刑法、诉讼法等，私法包括民法、商法、家庭法等，社会法则包括劳动法、社会保障法、经济法等。

## 4. 当代中国法律体系

宪法、行政法、民法、商法、经济法、劳动与社会保障法、环境资源法、刑法、诉讼法。

### 考点解析

这个问题比较简单，属于法学常识的范围，可考性不是很大，唯一有价值的就是要对法律体系的概念有正确的理解，要把它和法系、法律渊源等不同概念区别开来。法律体系是由一国现有的国内法构成的体系，不包括完整意义上的国际法；而法系则是一个比较法概念，指具有共同历史渊源的不同国家法律的整体；而法律渊源则是就法律外在表现形式和效力等级所作的区分和归类。

## 考点十一 法的效力根据与范围

### 法学理论

#### (一) 法的效力根据

法的效力的根据和原因十分复杂，一般包括法律本身、道德、利益等经济、伦理、法律、心理、社会方面。

(1) 法的效力来自于法律：即法律本身规定了公民具有服从法律的义务。

(2) 法的效力来自于道德：即法律体现了公平、正义等道德因素。

(3) 法的效力来自于社会：社会的秩序、和平要求人们服从统一的规则。

#### (二) 法的效力范围

##### 1. 对人效力

(1) 属人主义：法律适用于本国公民，不论其身 anywhere。

(2) 属地主义：法律适用于该国管辖范围内所有人，不论其是否为本国公民。

(3) 保护主义：以维护本国利益为是否适用本国法律的依据，侵害本国利益者，无论是哪国人及身在何处，均依本国法予以追究。

(4) 折中主义：以属地主义为主，以属人主义和保护主义为辅。

##### 2. 空间效力

领土、领水、领空、驻外使馆、船舶及航空器。





### 3. 时间效力

(1) 法的生效时间、失效时间：一般在法条中有明确规定。

(2) 法的溯及力：即法对其生效以前的行为是否适用，现代社会坚持法不溯及既往原则。

## 考点解析

### 1. 法的效力根据

一般而言，法的效力来自于制定它的合法程序和国家强制力。但是，从法哲学的角度讲，法的效力的根据和原因是十分复杂的，一般包括法律本身、道德、利益等经济、伦理、法律、心理、社会方面。①法的效力来自于法律。法律有国家强制力，法律规定了具体的否定性法律后果，任何明显的违法行为都会受到国家相应的制裁——罚款、监禁甚至处死；法律保障社会成员的利益满足，因此法律具有效力。②法的效力来自于道德。法律与人们的道德观念相一致，法律建立在社会主流道德基础之上，法律体现了公平、正义，因而人们服从政府、遵守法律。③法的效力来自于社会。民众从小就养成了模仿他人所为的习惯，包括按照别人的行为守法的习惯。法律维护社会秩序，社会要求人们的行为符合法律。这个问题一般不考案例，考生只需要记忆和理解原理就行了。

### 2. 法的效力范围

关于法的效力范围问题，复习时注意两点：①要和刑法、国际法等学科结合起来；②要特别注意中国在法的效力问题上的规定。

法的效力的三个方面的详细比较可见下表。

效力类型	含 义	一般 做 法	中国的规定
对人效力	指法律对谁有效力，适用于哪些人	属人主义；属地主义；保护主义；以属地主义为主，与属人主义、保护主义相结合（折中主义）	(1) 对中国人：在中国境内一律适用中国法律，在境外也应遵守中国法律并受其保护。 (2) 对外国人和无国籍人：在中国境内，除法律有特别规定外，适用中国法律；在中国境外对中国国家或公民犯罪，按照中国刑法最低刑为3年以上有期徒刑的，可以适用中国刑法，但按照犯罪地的法律不受处罚的除外
空间效力	指法律在哪些地域有效，适用于哪些地区	法律效力及于领土、领水、领空、本国驻外使馆、在外船舶和飞行器	同国际做法一致
时间效力	指法律何时生效、何时终止效力以及对其生效以前的行为有无溯及力	法律的生效和失效往往由法律作出明确规定。在法的溯及力问题上，一般以法不溯及既往为原则	同国际做法基本一致

另外，法的溯及力是一个重大的法理学问题，可能会对回答论述题有影响，这里重点介绍一下。

法的溯及力，也叫法律溯及既往的效力，是指法律对其生效以前的事件和行为是否适用的问题，如果适用，就具有溯及力，如果不适用，就没有溯及力。在法的溯及力问题上，往往会涉及两个法律，一个是原来的旧法，另一个是现在的新法，两者之间是彼此替代关系，新法出台，旧法失效。

世界各国关于法的溯及力问题有如下几种规定：①从旧原则，按照这个原则，新的法律颁布后，对其生效以前发生的事件和行为一律不适用，以前的问题适用旧法。②从新原则，按照这个原则，新的法律颁布后，对其生效以前的事件和行为一律适用。③从轻原则，按照这个原则，在具体适用法律时要对新法与旧法的内容进行比较，从中选择对行为人更加有利的或者处罚较轻的法律加以适用。④从新兼从轻原则，即新法原则上溯及既往，但旧法对行为人的处罚较轻时，则依照旧法为准适用。⑤从旧兼从轻原则，即以前发生的事件和行为原则上应适用旧法，但新法的规定对行为人更有利或处罚较轻时，则适用新法。

一般来说，在古代社会，法律具有溯及力是很平常的事，但是在现代法治社会，法不溯及既往已成为大多数国家所确认的一个基本法律原则。例如《美国宪法》规定：“追溯既往的法律不得通过之。”而法国的《人权宣言》第8条规定：“法律只应规定确实需要和显然不可少的刑罚，而且除非根据在犯法前已经制定和公布的且系依法施行的法律以外，不得处罚任何人。”之所以说法不溯既往是现代法治的一个基本法律原则，主要是因为法律随意溯及既往不仅会损害法律本身的权威，而且会给国家利用后来的法律惩罚公民先前的行为提供便利，这无疑意味着公权力可以肆意妄为，而人权因此将遭受践踏。

当然，任何原则都是相对的，都可能存在例外情况，法不溯及既往原则亦如此，尤其是如果从人权保障的角度出发和考虑，适当允许某些法律溯及既往可能会给公民带来好处。因此，当今世界绝大多数国家都有条件地允许某些法律可以溯及既往，即采用“从旧兼从轻”的原则：原则上法不溯及既往，新法生效前的行为仍适用旧的法律，但如果新法的规定给公民的权利更多而惩罚更轻，则可以适用新法，即承认新法具有溯及力。

我国关于法律溯及力问题也有相关规定，原则性规定是在《立法法》第84条：“法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章不溯及既往，但为了更好地保护公民、法人和其他组织的权利和利益而作的特别规定除外。”在刑事立法中也有规定，根据1997年《刑法》第12条第1款规定：“中华人民共和国成立以后本法施行以前的行为，如果当时的法律不认为是犯罪的，适用当时的法律；如果当时的法律认为是犯罪的，依照本法总则第四章第八节的规定应当追诉的，按照当时的法律追究刑事责任，但是如果本法不认为是犯罪或者处刑较轻的，适用本法。”这个规定就体现了从旧兼从轻的原则。除《刑法》之外，我国制定的《著作权法》也有相关规定，由于新中国的第一部《著作权法》是在1990年制定的，如果不加区别地采用法律不溯既往原则，则对在该法生效之前产生的作品是非常不公平的，因此《著作权法》第59条第1款规定：“本法规定的著作权人和出版者、表演者、录音录像制作者、广播电台、电视台的权利，在本法施行之日尚未超过本法规定的保护期的，依照本法予以保护。”

### 真题演练

1. (2004-1-54)① 下列关于我国法律效力问题的表述哪些是正确的？
- A. 地方性法规的效力高于下级地方政府规章但不高于本级地方政府规章
- B. 地方性法规与部门规章之间对同一事项的规定不一致时，由国务院裁决
- C. 按照我国《立法法》的规定，为了更好地保护公民的权利和利益，某些行政法规

① CD。地方性法规的效力高于下级地方政府规章和本级地方政府规章。地方性法规与部门规章之间对同一事项的规定不一致，不能确定如何适用时，由国务院提出意见，国务院认为应当适用地方性法规的，应当决定在该地方适用地方性法规的规定；认为应当适用部门规章的，应当提请全国人民代表大会常务委员会裁决。





的特别规定可以溯及既往

D. 经济特区法规根据授权对全国人大及其常委会制定的法律作变通规定的, 在本经济特区适用经济特区法规的规定

2. (2004 - 1 - 6)① 法律终止生效是法律时间效力的一个重要问题。在以默示废止方式终止法律生效时, 一般应当选择下列哪一原则?

- A. 特别法优于一般法
- B. 国际法优于国内法
- C. 后法优于前法
- D. 法律优于行政法规

3. (2005 - 1 - 55)② 下列有关法对人的效力的表述哪些是正确的?

A. 各国法律对作为人权主体的人和作为公民权主体的人在效力规定上是相同的  
B. 法律在对人的效力上采取“保护主义”原则, 主要是为了保障外国人和无国籍人的人权

- C. 中国法律中有关于“保护主义”原则的规定
- D. 法律对在不同空间活动的人所规定的效力有一定差异

4. (2007 - 1 - 55)③ 关于法律溯及力, 下列哪些选项是正确的?

- A. 刑事法律若具有溯及力可能导致国家权力的滥用和扩张, 也违反正义的原则
- B. 法治社会要求法律具有可预测性和确定性, 而法不溯及既往原则符合这一要求
- C. 在某些现代民事法律中, 为了保障公民权利, 一定程度上承认法律有溯及力
- D. 法不溯及既往原则属于法律责任的归责原则

5. (2008 - 1 - 91)④ 现今的很多法律格言都是在古罗马时期形成的, “法律仅仅适用于将来”就是一例。这一思想后来被古典自然法学派所推崇, 并体现在法国人权宣言和美国宪法之中, 形成了法不溯及既往原则。根据此引文以及相关法学知识, 下列正确的表述是:

- A. 古罗马时期的法律是用法律格言的形式表现的
- B. “法律仅仅适用于将来”已经成为现代社会的法律效力原则
- C. 只有古典自然法学派强调法不溯及既往的原则
- D. 法不溯及既往仅仅是人权宣言和宪法通行的效力原则

6. (四川 2008 - 1 - 7)⑤ 从 1999 年 11 月 1 日起, 对个人在中国境内储蓄机构取得的人民币、外币储蓄存款利息, 按 20% 税率征收个人所得税。某居民 2003 年 4 月 1 日在我国境内某储蓄机构取得 1998 年 4 月 1 日存入的 5 年期储蓄存款利息 5 000 元, 若该居民被征收了 1 000 元的个人所得税, 则这种处理违背了下列哪一项法的效力原则?

- A. 法律优位原则
- B. 新法优于旧法原则
- C. 法不溯及既往原则
- D. 特别法优于普通法原则

① C. 后法优于前法是以默示废止方式终止法律生效时法律适用应采用的原则。

② CD. 各国法律对作为人权主体的人和作为公民权主体的人在效力规定上是不同的, 人权主体的范围广于公民权主体的范围; 法律在对人的效力上采取“保护主义”原则, 主要是为了保障本国公民的权利。

③ ABC. 法不溯及既往原则是现代法治的基本原则之一, 它属于法律适用的原则, 而非归责原则。之所以说法不应溯及既往, 原因有二: 法治社会要求法律具有可预测性和确定性, 而法不溯及既往原则符合这一要求; 刑事法律若具有溯及力可能导致国家权力的滥用和扩张, 这不仅伤害人权, 也违反正义的原则。但是, 法不溯及既往是一般性要求, 它也存在例外, 在某些现代民事法律中, 为了保障公民权利, 一定程度上承认法律有溯及力。

④ B. 法不溯及既往意味着“法律仅仅适用于将来”, 它被现代法学各个流派普遍支持, 已成为现代社会的法律效力原则, 而不是仅仅规定在人权宣言和宪法中。古罗马时期的法律主要是用法典的形式表现的。

⑤ C. 该居民的储蓄存款利息是在新法生效前取得的, 按照法不溯及既往原则, 不应对其适用新法。



## 法学理论

### （一）法律关系

法律关系，是人和人之间依法确立的权利义务关系。

#### 1. 法律关系的特征

(1) 法律关系是根据法律规范建立的一种社会关系，具有合法性。①法律规范是法律关系产生的前提。②法律关系不同于法律规范调整或保护的社会关系本身。③法律关系是法律规范的实现形式，是法律的内容在现实生活中的贯彻。

(2) 法律关系是体现意志性的特种社会关系，包括国家意志和当事人意志。

(3) 法律关系是特定法律关系主体之间的权利和义务关系。

#### 2. 法律关系的要素

(1) 法律关系主体：包括自然人、法人和国家。

(2) 法律关系的内容：法律权利和法律义务。

(3) 法律关系的客体：①物。作为法律关系客体的物应得到法律认可，能为人类认识和控制，具有经济价值，具有独立性。②人身。人身可以成为法律关系的客体，但禁止对人身进行违法和有伤风化的活动。③精神产品。包括著作权、商标、专利、商业秘密等。④行为结果。可以理解为服务，如运输、保管、通信、医疗、咨询等各类服务行为。

#### 3. 法律关系的分类

(1) 调整性法律关系和保护性法律关系（按照法律关系产生的依据、执行的职能和实现规范的内容不同）：前者基于人们的合法行为而产生，执行法的调整职能的法律关系，不需要适用法律制裁；后者是由于违法行为产生的、旨在恢复被破坏的权利和秩序的法律关系，如刑事法律关系。

(2) 纵向（隶属）的法律关系和横向（平权）的法律关系（按照法律主体在法律关系中的地位不同）：前者为不平等的主体之间的法律关系，如亲权、上下级行政机关之间，此时主体之间权利与义务具有强制性，不能随意转让和放弃；后者为平等法律主体之间的法律关系。

(3) 单向（单务）法律关系、双向（双边）法律关系和多向（多边）法律关系（按照法律主体的多少及其权利义务是否一致）：前者为权利人仅享有权利，义务人仅履行义务；中者为在特定双方法律主体之间，存在着两个密不可分的单向权利义务关系，如买卖关系；后者为三个或三个以上相关法律关系的复合体，如人事调动关系，至少三方面，调出单位与被调动者、调出单位与调入单位、调入单位与被调动者。

(4) 第一性法律关系（主法律关系）和第二性法律关系（从法律关系）（按照相关的法律关系作用和地位的不同）：如实体和程序法律关系中，实体为第一，程序为第二。

### （二）法律事实

1. 法律关系产生、变更、消灭的条件：法律规范 + 法律事实 = 法律关系

2. 法律事实，就是指法律规范所规定的能够引起法律关系产生、变更和消灭的客观



情况或者现象。

(1) 法律事件：法律事件是法律规范规定的、不以当事人的意志为转移而引起法律关系形成、变更或消灭的客观事实。法律事件可分成社会事件（如政变、游行示威）和自然事件（如地震、海啸）两种。

(2) 法律行为：法律行为可以作为法律事实而存在，能够引起法律关系形成、变更和消灭。因为人们的意志有善意与恶意、合法与违法之分，故其行为也可以分为善意行为、合法行为与恶意行为、违法行为。

(3) 事实构成：在法学上，人们常常把两个或两个以上的法律事实所构成的一个相关的整体（两个以上的法律事实引起同一个法律关系的产生、变更或消灭），称为“事实构成”。

## 考点解析

### 1. 法律关系

法律关系，是法律在调整社会关系的过程中形成的人和人之间的权利义务关系，它是法理学和民法学中的一个核心概念。对于这个考点的把握，要注意下面几个问题：

(1) 法律关系的特点之一是合法性，这里一定要把法律行为的合法性和法律关系的合法性区别开来：法律行为本身有合法及非法之分，但法律行为引起的法律关系则总是合法的，是依法确立的权利义务关系。

(2) 法律关系主体的权利能力和行为能力。权利能力是享有权利、承担义务的法律资格，可以分为一般权利能力和特殊权利能力，行为能力是实际取得权利和履行义务的现实可能性，可以分为完全能力、限制能力和无能力。注意权利能力与行为能力之间的关系：权利能力是行为能力的基础，没有权利能力一般无行为能力，而有权利能力也不一定就有行为能力；行为能力是自主实现权利的条件，没有行为能力不能自主实现权利。另外，法人的权利能力与公民的权利能力不同，法人的权利能力自法人产生时产生，到法人解体时消灭，其范围由法人成立的宗旨和业务范围决定，而且法人的行为能力和权利能力是同时产生和同时消灭的。

(3) 在法律关系的内容这个问题中，要注意法律关系主体的权利、义务与作为法律规范内容的权利、义务（法律条文规定中的权利和义务）的区别，虽然两者都具有法律属性，但它们所属的领域、针对的法律主体以及它们的法律效力还是存在一定差别的。

### 2. 法律事实

在这个考点中，区分法律事件及法律行为是比较复杂和有难度的，因此这里需要注意：

(1) 区分法律事件及法律行为的主体是法律关系的当事人而不是其他人。同样一个客观情况，如果是在当事人的意志控制下发生的就属于法律行为，而如果是在当事人之外的其他人的意志控制之下发生的则可能是一个法律事件。比如，张三杀死了李四，对于张三与死者妻子之间的损害赔偿关系，杀人就是一个法律行为，因为它是由法律关系中的一方主体自主作出的；而对于死者的继承人之间的财产继承关系，杀人则是一个法律事件，因为这个法律关系中的主体的意志无法影响张三杀人的行为。

(2) 区分法律事件及法律行为的标准是“是否以当事人的意志为转移”。法律事件是不以主体的意志为转移的，而法律行为是在行为主体意志控制下发生的，因此，人的生老



病死，具有偶然性，很难人为控制，应属于法律事件而非法律行为。

### 真题演练

1. (2004-1-83)<sup>①</sup> 甲京剧团与乙剧院签订合同演出某传统剧目一场，合同约定京剧团主要演员曾某、廖某、潘某出演剧中主要角色，剧院支付人民币1万元。演出当日，曾某在异地演出未能及时赶回，潘某生病在家，没有参加当天的演出，致使大部分观众退票，剧院实际损失1.5万元。后剧院向法院起诉京剧团，要求赔偿损失。针对此案，下列意见中何者为正确？

- A. 在这一事例中，法律关系主体仅为甲京剧团与乙剧院
- B. 京剧团与剧院的法律关系为保护性法律关系
- C. 京剧团与剧院的法律权利和法律义务都不是绝对的
- D. 在这一事例中，法律权利和法律义务针对的主体是不特定的

2. (2005-1-6)<sup>②</sup> 郝某的父亲死后，其母季某将郝家住宅独自占用。郝某对此深为不满，拒绝向季某提供生活费。季某将郝某告上法庭。法官审理后判决郝某每月向季某提供生活费300元。对此事件，下列哪一种理解是正确的？

- A. 该事件表明，子女对父母只承担法律义务，不享有法律权利
- B. 法官作出判决本身是一个法律事实
- C. 法官的判决在原被告之间不形成法律权利与法律义务关系
- D. 子女赡养父母主要是道德问题，法官判决缺乏依据

3. (2005-1-92)<sup>③</sup> 下列有关法律关系客体的何种表述是错误的？

- A. 所有的法律关系客体均包含着某种利益
- B. 无法律关系客体就无法律关系
- C. 多向（多边）法律关系的客体，可以有主次之分
- D. 在确定法律关系客体的标准时，不涉及法的价值评价

4. (2008-1-7)<sup>④</sup> 孙某的狗曾咬伤过邻居钱某的小孙子，钱某为此一直耿耿于怀。一天，钱某趁孙某不备，将孙某的狗毒死。孙某掌握了钱某投毒的证据之后，起诉到法院，法院判决钱某赔偿孙某600元。对此，下列哪一选项是正确的？

- A. 孙某因对其狗享有所有权而形成的法律关系属于保护性法律关系
- B. 由于孙某起诉而形成的诉讼法律关系属于第二性的法律关系
- C. 因钱某毒死孙某的狗而形成的损害赔偿关系属于纵向的法律关系
- D. 因钱某毒死孙某的狗而形成的损害赔偿关系中，孙某不得放弃自己的权利

5. (四川2008-1-92)<sup>⑤</sup> 张某有祖传的玉雕一尊，委托德龙拍卖公司进行拍卖，最

① C。在这一事例中，法律关系主体包括甲京剧团、乙剧院、主要演员、买票的观众。京剧团与剧院的法律关系为调整性法律关系，法律权利和法律义务针对的主体都是特定的。

② B。在本案中，法官作出判决本身是一个法律事实，它导致郝某与季某之间产生了一个赡养的法律关系。

③ D。在确定法律关系客体的标准时，往往涉及法的价值评价，比如，在西方国家，成人性活动的音像物品可以成为法律关系客体，而中国法律则持否定态度，这是因为立法者的价值观不同。

④ B。孙某因对其狗享有所有权而形成的法律关系属于调整性法律关系，因钱某毒死孙某的狗而形成的损害赔偿关系属于横向的法律关系，因钱某毒死孙某的狗而形成的损害赔偿关系中，孙某可以放弃自己的权利。

⑤ C。这个事件中存在着委托关系、拍卖关系等多个法律关系，在拍卖过程中，拍卖公司和竞拍者的关系属于平等的法律关系，在该案件涉及的法律关系中，法律关系的主体既有自然人也有法人，在本案中，导致拍卖成交的客观情况是法律行为。





终被一家文化公司以 140 万元的价格买到。对此，下列表述正确的是：

- A. 这个事件中只有一种法律关系
- B. 在拍卖过程中，拍卖公司和竞拍者的关系属于隶属性的法律关系
- C. 在该案件涉及的法律关系中，法律关系的主体既有自然人也有法人
- D. 在本案中，导致拍卖成交的客观情况是法律事件

6. (2009-1-91)<sup>①</sup> “在法学家们以及各个法典看来，各个个人之间的关系，例如缔结契约这类事情，一般是纯粹偶然的现象，这些关系被他们看作是可以随意建立或不建立的关系，它们的内容完全取决于缔约双方的个人意愿。每当工业和商业的发展创造出新的交往形式，例如保险公司等的时候，法便不得不承认它们是获得财产的新方式。” 据此，下列表述正确的是：

- A. 契约关系是人们有意识、有目的地建立的社会关系
- B. 各个时期的法都不得不规定保险公司等新的交往形式和它们获得财产的新方式
- C. 法律关系作为一种特殊的社会关系，既有以人的意志为转移的思想关系的属性，又有物质关系制约的属性
- D. 法律关系体现的是当事人的意志，而不可能是国家的意志

7. (2005-1-91)<sup>②</sup> 林某，9 岁，系某小学三年级学生。一天放学回家路上遇到某公司业务员赵某向其推销一种名为“学习效率机”的低配置电脑，开价 5800 元。林某信其言，用自己积攒的“压岁钱”1000 元交付了定金，并在分期付款合同上签了字。事后林某父母知晓此事，以“行为人对行为内容有重大误解”为由要求赵某撤销合同并退款。对此，下列何种理解是正确的？

- A. 从法律角度看，林某表达的意思都是无效的
- B. 林某不能辨别自己行为的性质，所以不享有人身自由
- C. 林某父母要求撤销合同所持的理由是一种法律事实
- D. 根据行为能力的原理，林某父母所持理由在本案中不成立

8. (2006-1-51)<sup>③</sup> 汪某和范某是邻居，某天，双方因生活琐事发生争吵，范某怒而挥刀砍向汪某，致汪某死亡。事后，范某与汪某的妻子在中间人的主持下，达成“私了”。后汪某父母得知儿子身亡，坚决不同意私了，遂向当地公安部门告发。公安部门立案侦查之后，移送检察院。最后，法院判处范某无期徒刑，同时判决范某向汪某的家属承担民事责任。就本案而言，下列哪些说法是错误的？

- A. 该案件形成多种法律关系
- B. 引起范某与司法机关之间的法律关系的法律事实属于法律事件
- C. 该案件中，范某与检察院之间不存在法律关系

① AC。人和人之间建立的契约关系，属于典型的法律关系，是当事人有意识、有目的建立的社会关系（法律关系本身就是一种社会关系）。法律关系作为一种特殊的社会关系，既有以人的意志为转移的思想关系的属性（体现为当事人的意图、动机、目的），又有物质关系制约的属性（法律本身的制定及当事人的法律行为要以社会经济条件为基础）。法律关系既体现当事人的意志，同时由于它是依法建立的，因此也体现了作为立法者的国家的意志。选项 B 属于常识性错误。

② ACD。林某不能辨别自己行为的性质，所以没有完全民事行为能力，并非没有人身自由。其他选项结合民法原理可以成立。

③ BCD。在本案中，引起范某与司法机关之间的法律关系的法律事实属于法律行为，范某与检察院之间存在程序性的法律关系，范某与汪某的家属之间存在民事赔偿的实体法律关系。



D. 范某与汪某的家属之间不形成实体法律关系

9. (四川 2008-1-6)<sup>①</sup> 甲与乙因琐事发生口角, 甲冲动之下将乙打死。公安机关将甲逮捕, 准备移送检察机关提起公诉。这时, 甲因病而亡。公安机关遂作出撤销案件的决定。公安机关是基于下列哪一种原因撤销案件的?

- A. 法律行为
- B. 违法行为
- C. 事实构成
- D. 自然事件

## 考点十三 法律责任与法律制裁

### 法学理论

#### (一) 法律责任

法律责任是指由违法行为、违约行为或者由于法律规定而应承受的某种不利的法律后果, 法律责任的产生会导致不利后果。

##### 1. 引起法律责任的原因

- (1) 违法;
- (2) 违约;
- (3) 法律直接规定, 如严格责任及无过错责任。

##### 2. 法律责任的特点

- (1) 承担法律责任的最终依据是法律, 而不是其他规范。
- (2) 法律责任具有国家强制性, 因此区别于民间或社团的道德责任、纪律责任。

##### 3. 法律责任竞合的特点或条件

- (1) 同一个法律主体实施了一个行为;
- (2) 该行为符合两个或多个法律责任的构成要件, 引发了数个法律责任;
- (3) 数个法律责任相互冲突, 不可并存或吸收, 只能择取其一。

##### 4. 归责与免责

- (1) 归责原则: 责任法定、公正原则、效益原则、合理性原则。
- (2) 责任减免: 时效免责、不诉及协议免责、自首立功免责、履行不能免责。

#### (二) 法律制裁

1. 概念: 法律制裁是指由特定国家机关对违法者依其法律责任而实施的强制性的惩罚措施, 因此区别于政党制裁、社团制裁、民间制裁。

##### 2. 法律制裁类型

- (1) 刑事制裁: 主要是人身性制裁;
- (2) 民事制裁: 主要是财产性制裁;
- (3) 行政制裁: 主要是行政处罚、劳动教养、行政处分;
- (4) 违宪制裁: 主要是撤销、罢免等。

<sup>①</sup> D. 在法律关系中, 人的生、老、病、死属于自然事件。



## 1. 法律责任

在法律责任这个考点下，有以下几个问题需要弄清楚：

(1) 法律责任产生的原因不仅仅只是违法，还包括违约和法律直接规定。合法的合同其效力甚至高于法律，所以违约也是一种特殊形式的违法，也应承担相应的法律责任。另外，在某些特殊情况下，即使当事人没有违法行为，依据严格责任或无过错责任，也要承担法律责任。

(2) 务必注意法律责任竞合的要件，即必须是同一个主体实施了一个行为但触犯了多个法律，满足了多个法律责任的构成要件，但是这些责任之间又不能吸收或者并存，按照法律只能择取其一，这种情况才是责任竞合，最典型的就是产品质量案件中的违约责任与侵权责任的竞合。

(3) 免责，指虽然违法者事实上违反了法律，并且具备承担责任的条件，但由于法律规定的某些主观或客观条件，可以被部分或全部地免除（不实际承担）法律责任。理解免责问题，要注意到这样几个观念：①免责首先意味着他有责任，在有责任的情况下才谈得上部分责任的免除和全部责任的免除，免责不等于无责任；②免除责任并不意味着特定的违法行为是合理的、法律允许或法律不管的，更不意味着这些被免责的行为是法律赞成或支持的。

## 2. 法律制裁

理解法律制裁这个概念，一定要弄清楚法律制裁与法律责任之间的关系：一方面，法律制裁是承担法律责任的一个重要方式。法律责任是前提，法律制裁是结果或体现。法律制裁的目的，是强制责任主体承担否定的法律后果，惩罚违法者，恢复被侵害的权利和法律秩序；另一方面，法律制裁与法律责任又有明显的区别。法律责任不等于法律制裁，有法律责任不等于就一定有法律制裁。比如在民事纠纷中，当事人可以主动承担其法律责任，这样一来国家的民事制裁就没有必要了。

## 真题演练

1. (2005-1-4)① 陆某在一百货商场购买“幸福”牌电饭煲一台，遗忘在商场门口，被王某拾得。王某拿至家中使用时，因电饭煲漏电发生爆炸，致其面部灼伤。王某向商场索赔，商场以王某不当得利为由不予赔偿。对此事件，下列哪一项表述能够成立？

- A. 王某的损害赔偿请求权应以与致损事件相关的法律规定为根据
- B. 不法取得他人之物者应承担该物所致的损害
- C. 由王某对自己无合法根据占有物品的行为承担损害后果，符合公平原则
- D. 按照风险责任原则，陆某作为缺陷商品的购买者应为王某的损害承担责任

2. (2006-1-5)② 某医院确诊张某为癌症晚期，建议采取放射治疗，张某同意。医院在放射治疗过程中致张某伤残。张某向法院提起诉讼要求医院赔偿。法院经审理后认

① A. 承担法律责任的最终依据是法律，因此王某的损害赔偿请求权应以与致损事件相关的法律规定为根据。其他选项结合民法原理不成立。

② C. 法律责任竞合是法律实践中的一种客观存在，但各国对该问题的规定却是存在差异的。法律的适用及法律责任的归结离不开法律解释，因此可以说法律解释是解决法律责任竞合的一种途径或方法。





定，张某的伤残确系医院的医疗行为所致。但法官在归责时发现，该案既可适用《医疗事故处理条例》的过错原则，也可适用《民法通则》第123条的无过错原则。这是一种法律责任竞合现象。对此，下列哪种说法是错误的？

A. 该法律责任竞合实质上是指两个不同的法律规范可以同时适用于同一案件

B. 法律责任竞合往往是在法律事实的认定过程中发现的

C. 法律责任竞合是法律实践中的一种客观存在，因而各国在立法层面对其作出了相同的规定

D. 法律解释是解决法律责任竞合的一种途径或方法

3. (2008-1-5)① 张某过马路闯红灯，司机李某开车躲闪不及将张某撞伤，法院查明李某没有违章，依据《道路交通安全法》的规定判李某承担10%的赔偿责任。关于本案，下列哪一选项是错误的？

A. 《道路交通安全法》属于正式的法的渊源

B. 违法行为并非是承担法律责任的唯一根源

C. 如果李某自愿支付超过10%的赔偿金，法院以民事调解书加以确认，则李某不能反悔

D. 李某所承担的是一种竞合的责任

4. (2005-1-52)② 下列有关法律后果、法律责任、法律制裁和法律条文等问题的表述，哪些可以成立？

A. 任何法律责任的设定都必定是正义的实现

B. 法律后果不一定是法律制裁

C. 承担法律责任即意味着接受法律制裁

D. 不是每个法律条文都有法律责任的规定

① D。《道路交通安全法》属于正式的法的渊源；违法行为并非是承担法律责任的唯一根源，还包括违约和法律直接规定的无过错责任；如果李某自愿支付超过10%的赔偿金，法院以民事调解书加以确认，则李某不能反悔，因为法院调解具有约束力；本案中李某承担的是单一责任，不存在责任竞合。

② BD。法律责任的设定只是国家对相关问题的态度，并非意味着都能落实，都能实现正义；法律责任不等于法律制裁，有法律责任不等于就一定有法律制裁，因此，承担法律责任并不意味着就接受法律制裁。



## 第二讲 法的运行论

**【本讲概要】** 法的运行，是从动态上考察一国法律制度的全部运行过程，这个过程是法律从法律思想到法律文本再到法律实践的转化运动。其重要考点包括：立法、执法、司法、法律监督等。这部分内容比较简单，一般结合实际来考核。

### 考点一 立法

#### 法学理论

##### 1. 立法的概念

(1) 立法是特定国家机关依职权制定、修改、废止规范性法律文件和认可法律的活动。

(2) 立法有广义和狭义两种理解，在我国，狭义的立法专指全国人大及其常委会的立法活动。

(3) 立法是对社会资源的第一次分配。

##### 2. 中国立法体制：一元多层次

(1) 立法体制，即立法权的分配、立法机关的设置等各方面的制度，立法权是国家权力体系中最重要、最核心的权力。

(2) 中央立法机关：全国人大及其常委会、国务院及其各部委、中央军委。

(3) 地方立法机关：省、自治区、直辖市、较大市的人大及其常委会、人民政府，自治区、自治州、自治县人大，香港特区、澳门特区立法会。

##### 3. 立法原则

(1) 合宪性与合法性原则。

(2) 实事求是、从实际出发原则。

(3) 民主立法原则。

(4) 原则性与灵活性相结合原则。

##### 4. 立法程序

(1) 法律议案的提出：提出主体包括机构和个人两类。

(2) 法律案的审议：提付表决、搁置、终止审议。

(3) 法律的表决与通过：宪法修改需要全体代表  $2/3$  多数通过，一般法律需要全体代表过半数通过。

(4) 法律的公布：国家主席公布。



## 考点解析

对于立法相关问题的把握，要结合《立法法》进行准确记忆，下表有助于考生区分全国人大及其常委会在立法程序上的区别。

立法机关	提出法律案的主体	决定通过法律案的主体
全国人大	全国人民代表大会主席团可以向全国人民代表大会提出法律案	由全国人民代表大会会议审议
	全国人民代表大会常务委员会、国务院、中央军事委员会、最高人民法院、最高人民检察院、全国人民代表大会各专门委员会，可以向全国人民代表大会提出法律案	由主席团决定列入会议议程
	一个代表团或者30名以上的代表联名，可以向全国人民代表大会提出法律案	由主席团决定是否列入会议议程，或者先交有关的专门委员会审议，提出是否列入会议议程的意见，再决定是否列入会议议程
全国人大 常委会	委员长会议可以向常务委员会提出法律案	由常务委员会会议审议
	国务院、中央军事委员会、最高人民法院、最高人民检察院、全国人民代表大会各专门委员会，可以向常务委员会提出法律案	由委员长会议决定列入常务委员会会议议程，或者先交有关的专门委员会审议、提出报告，再决定列入常务委员会会议议程
	常务委员会组成人员10人以上联名，可以向常务委员会提出法律案	由委员长会议决定是否列入常务委员会会议议程，或者先交有关的专门委员会审议，提出是否列入会议议程的意见，再决定是否列入常务委员会会议议程

## 真题演练

1. (2004-1-84)<sup>①</sup> 某法院在审理一行政案件中认为某地方性法规与国家法律相抵触。根据我国宪法和法律的规定，下列表述何者为正确？

A. 法官审理行政案件，如发现地方性法规与国家法律相抵触，可以对地方性法规的合宪性和合法性进行审查

B. 法官审理行政案件，如发现地方性法规与国家法律相抵触，应当适用国家法律进行审判

C. 法官审理行政案件，如发现地方性法规与国家法律相抵触，可以通过所在法院报请最高人民法院，由最高人民法院依法向全国人民代表大会常务委员会书面提出进行审查的要求

D. 法官审理行政案件，如发现地方性法规与国家法律相抵触，可以公民的名义向全国人民代表大会常务委员会书面提出进行审查的建议

2. (2006-1-3)<sup>②</sup> 某地法院在审理案件过程中发现，该省人民代表大会所制定的地

<sup>①</sup> BCD。在我国，法官审理行政案件，如发现地方性法规与国家法律相抵触，应当适用国家法律进行审判。同时可以通过所在法院报请最高人民法院，由最高人民法院依法向全国人民代表大会常务委员会书面提出进行审查的要求；也可以公民的名义向全国人民代表大会常务委员会书面提出进行审查的建议。

<sup>②</sup> D。地方性法规与部委规章规定不一致，由国务院决定在该地方适用地方性法规，或者由国务院提请全国人民代表大会常务委员会裁决在该地方适用部门规章。



方性法规规定与国家某部委制定的规章规定不一致，不能确定如何适用。在此情形下，根据我国《宪法》和《立法法》，下列哪种处理办法是正确的？

- A. 由国务院决定在该地方适用部门规章
- B. 由全国人民代表大会决定在该地方是适用地方性法规还是适用部门规章
- C. 由最高人民法院通过司法解释加以决定
- D. 由国务院决定在该地方适用地方性法规，或者由国务院提请全国人民代表大会常务委员会裁决在该地方适用部门规章

## 考点二 法的实施与法的实现

### 法学理论

1. 法律实施：法在社会生活中被人们实际施行，法的实施方式包括法的遵守、法的执行和法的适用三种。

2. 法律实现：法的实现是指法的要求在社会生活中被转化为现实，法的理想和目的得到实现。

### 考点解析

法的实施和法的实现是两个容易混淆的概念，要将他们区别开来：

(1) 法的实施是法在社会生活中被人们实际施行，而法的实现是指法的要求在社会生活中被转化为现实。

(2) 法的实施侧重于过程和形式，法的实现侧重于结果本身，强调法的目的的实现和法对社会的积极意义。

## 考点三 执法与司法

### 法学理论

#### (一) 执法：行政管理活动

##### 1. 执法的特点

- (1) 执法是以国家名义对社会进行全面管理，具有国家权威性。
- (2) 执法主体特定性：国家行政机关及其公职人员。
- (3) 执法具有国家强制性。
- (4) 执法具有主动性和单方面性。

##### 2. 原则

依法行政、讲求效能、公平合理。

#### (二) 司法：即法的适用，纠纷解决活动

##### 1. 司法的特点

(1) 司法是由特定国家机关及其公职人员按照法定职权实施法律的专门活动，具有国家权威性。



- (2) 司法是司法机关以国家强制力为后盾实施法律的活动，具有国家强制性。
- (3) 司法是司法机关依照法定程序处理案件的活动，具有严格的程序性及合法性。
- (4) 司法必须有表明适用结果的法律文书。

## 2. 司法的原则

- (1) 司法公正，包括实质公正和程序公正。
- (2) 公民在法律面前一律平等。
- (3) 以事实为依据，以法律为准绳。
- (4) 司法机关依法独立行使职权。

### 考点解析

执法和司法的问题，在客观题中考核的难度不是很大，但由于这些问题与法律实践紧密相关，并在理论上存在争议，所以出论述题的可能性比较大，所以考生对这个问题一定要结合法治、正当程序、行政法、诉讼法等相关知识进行综合把握。

立法、执法和司法是国家的三项基本职能，下表有助于考生把握其差异。

	特 点	原 则
立法	(1) 以国家名义进行； (2) 是一项国家职能活动； (3) 是以客观经济关系为基础的主观意志活动； (4) 是产生法律规范的活动； (5) 依照法定职权和程序进行； (6) 是对社会资源的制度性的第一次分配	(1) 合宪性和合法性原则； (2) 实事求是、从实际出发； (3) 民主立法原则； (4) 原则性与灵活性相结合原则
执法	(1) 具有国家权威性； (2) 执法主体是国家行政机关及其公职人员； (3) 具有国家强制性； (4) 具有主动性和单方性	(1) 依法行政； (2) 讲求效能； (3) 公平合理
司法	(1) 特定国家机关的专门活动，具有国家权威性； (2) 国家强制性； (3) 严格的程序性和合法性； (4) 具有法律文书	(1) 司法公正； (2) 公民在法律面前一律平等； (3) 以事实为根据，以法律为准绳； (4) 司法机关独立行使职权

### 真题演练

1. (2007 - 1 - 54)① 关于司法的表述，下列哪些选项可以成立？

- A. 司法的依据主要是正式的法律渊源，而当代中国司法原则“以法律为准绳”中的“法律”则需要作广义的理解
- B. 司法是司法机关以国家名义对社会进行全面管理的活动
- C. 司法权不是一种决策权、执行权，而是一种判断权
- D. 当代中国司法追求法律效果与社会效果的统一

① ACD。司法是司法机关以国家名义对具体纠纷进行认定和裁决的专门性活动，而行政属于对社会进行全面管理的活动。司法权不是一种决策权、执行权，而是一种判断权。司法的依据主要是正式的法律渊源；而当代中国司法原则“以法律为准绳”中的“法律”则需要作广义的理解，它包括具有立法权的国家机关颁布的法律、法规，甚至还包括习惯等。在当代中国，司法要追求法律效果与社会效果的统一，也就是审判既要合法，还要具有良好的社会效果。



2. (2008-1-4)<sup>①</sup> 市民张某在城市街道上无照销售食品,在被城市综合管理执法人员查处过程中暴力抗法,导致一名城市综合管理执法人员受伤。经媒体报道,人们议论纷纷。关于此事,下列哪一说法是错误的?

- A. 王某指出,城市综合管理执法人员的活动属于执法行为,具有权威性
- B. 刘某认为,城市综合管理机构执法,不仅要合法,还要强调公平合理,其执法方式应让一般社会公众能够接受
- C. 赵某认为,如果老百姓认为执法不公,就有奋起反抗的权利
- D. 陈某说,守法是公民的义务,如果认为城市综合管理机构执法不当,可以采用行政复议、行政诉讼的方式寻求救济,暴力抗法显然是不对的

## 考点四 守法

### 法学理论

#### 1. 守法的含义

守法指公民、社会组织和国家机关以法律为自己的行为准则,依照法律行使权利、履行义务的活动。

#### 2. 守法的构成

- (1) 守法的主体:所有的公民、社会组织和国家机关。
- (2) 守法的范围:包括一切规范性法律文件。
- (3) 守法的内容:依法行使权利,依法履行义务。

### 考点解析

对于这个知识点,这里需要扩展强调如下几点:

1. 守法和违法仅仅是针对人的法律行为而言的,有些行为是法律不调整的,因此不能说人的一切不违法的行为都是合法行为。

2. 关于守法主体,在不同时代情况不同。在专制制度下,守法的主体主要是普通百姓,在现代社会,所有人都是守法主体,所有组织都有义务守法。另外,守法既包括遵守规范性法律文件,也包括遵守非规范性法律文件,如判决书、裁定书、逮捕证等,这些非规范性法律文件是实施规范性法律文件的结果,也有法的效力,必须遵守。

3. 人大代表在人大会议上的发言不受追究,这是法律为了保障人大代表行使职权而作出的特别规定,但并不意味着他们的言论不受法律约束。

4. 要辩证地看待违法,有些人的违法行为属于良性违法或善意违法,其目的在于改革过时的或不适当的法律。

<sup>①</sup> C. 城市综合管理执法人员的活动属于执法行为,具有权威性;城市综合管理机构执法,不仅要合法,还要强调公平合理;守法是公民的义务,如果认为城市综合管理机构执法不当,可以采用行政复议、行政诉讼的方式寻求救济,暴力抗法显然是不对的。



(2004-1-52)<sup>①</sup> 下列有关执法与守法区别的说法哪些是不正确的?

- A. 执法的主体不仅包括国家机关, 也包括所有的法人; 守法的主体不仅包括国家机关, 也包括所有的法人和自然人
- B. 行政机关的执法具有主动性, 公民的守法具有被动性
- C. 执法是执法主体将法律实施于其他机关、团体或个人的活动, 守法是一切机关、团体或个人实施法律的活动
- D. 执法须遵循程序性要求, 守法毋须遵循程序性要求

## 考点五 法律监督: 法律实施的外部保障

1. 法律监督的构成要素: 主体、客体、内容、监督权力(权利)、监督规则。

2. 国家法律监督体系

(1) 权力机关监督: 监督主体是各级人大及其常委会, 其内容包括立法监督和工作执法监督, 前者是对各种立法合法性的监督, 后者是对政府、司法机关的工作实行的监督。

(2) 行政机关监督: 分一般行政机关上下级之间所进行的监督和专门机关的监督(行政复议、行政监察、审计监督)。

(3) 司法机关的监督: 分检察机关的监督和审判机关的监督, 前者包括法纪监督、经济监督、侦查监督、审判监督、监所监督等, 后者包括法院系统内的监督、法院对检察院的监督和法院对行政机关的监督。

3. 社会法律监督体系

(1) 中国共产党的监督;

(2) 社会组织的监督: 民主党派、人民政协、社会团体;

(3) 公民的监督: 批评、控告、检举、揭发、信访;

(4) 法律职业的监督: 专指律师和法学家;

(5) 新闻舆论的监督。

## 考点解析

对于这个考点的把握, 要注意下面几个方面:

1. 法律监督的重点是国家司法机关的司法行为和国家行政机关及其工作人员的执法活动。

2. 注意区分国家监督和社会监督, 中国共产党和人民政协不属于国家机关, 其监督属于社会组织监督。

3. 法律职业的监督 and 新闻舆论监督是可以出论述题的知识点。法律监督是必要的, 但在司法监督中需要注意合法监督与维护司法独立的关系, 不能因为司法独立而排斥监

<sup>①</sup> ABD。执法的主体包括国家行政机关及法律授权的社会组织; 执法具有主动性, 公民的守法也具有主动性; 执法须遵循程序性要求, 守法也须遵循程序性。





督，也不能因为滥用监督权妨碍司法独立。

## 考点六 法适用的一般原理

### 法学理论

#### 1. 法适用（司法审判）的目标

（1）法律人适用法律的最直接的目标，就是获得一个合理（也可以理解为合法）的法律决定，换句话说，就是法律人进行法律解释和法律推理的目的在于得到正确的案件结果。

（2）判断一个法律决定是否合理的标准有两个：①法律决定具有可预测性，即这个决定是严格按照逻辑从法律中推理出来的，而不是个人肆意任性的决定，具有形式正当性。②法律决定应当具有正当性，即这个决定的内容符合当代法律的标准和精神，符合现代法治追求的基本价值，具有实质正当性。

#### 2. 法适用的步骤（司法三段论）

（1）查明和确认案件事实，即确立三段论的小前提。

（2）选择和确定与案件事实相符合的法律规范，即确定三段论的大前提。

（3）以整个法律体系的目的为标准，从两个前提中推导出法律决定或法律裁决，即获得三段论的结论。

#### 3. 法适用中的内部证成与外部证成

法律人应为自己的结论提供合法性证明，这个证明分为内部和外部两个方面：

（1）外部证成：关于前提正确的证成，即应证明法律推理的前提（包括大前提和小前提）合理正当。

（2）内部证成：关于推导过程符合逻辑法则的证成，即应证明法律决定是按照一定的推理规则（如归纳、演绎等）从相关前提中符合逻辑地推导出来的。

### 考点解析

法律适用的过程在制度上表现为司法，在方法上则表现为法律推理，因此，这个考点通俗讲就是关于司法推理的一般原理。关于法适用的原理，以下两个问题必须深度理解：

1. 法律人适用法律的最直接的目标就是获得一个合理的法律决定。①所谓合理决定包括了两个标准：法律决定具有可预测性，即这个决定是严格按照逻辑从法律中推理出来的，而不是个人肆意任性的决定，该决定具有形式正当性；法律决定应当具有正当性，即这个决定的内容符合当代法律的标准，符合现代法治追求的基本价值，该决定具有实质正当性。可预测性和正当性是法律决定合理性的要求，也是现代法治对司法推理的要求。法治包括两个方面，一是形式法治，二是实质法治，可预测性是形式法治的要求，正当性是实质法治的要求。②可预测性和正当性之间可能会产生矛盾，因为有时一个法律决定，是按照一定程序作出的，是具有可预测性的，但未必是一个正当的法律决定。而有时一个法律决定又不是严格按照程序作出的，没有可预测性，但这个法律决定不一定就不是一个正当的法律决定。如果两者发生了矛盾，要坚持可预测性优先。可预测性优先其实就是在形式法治和实质法治两者之间作价值选择时，要坚持程序的优先。



2. 法律强调论证, 法律人必须为自己的结论提供足以说服别人的理由, 而这要从两个方面入手: ①外部证成: 即法律推理的前提合理正当, 它关涉的是对法律推理中所使用的前提本身的合理性, 即对大前提正确性和小前提真实性的证立。②内部证成: 法律决定必须按照一定的推理规则从相关前提中逻辑地推导出来。内部证成关涉的是从前提到结论之间的推论过程是否有效, 而推论的有效性则依赖于推导过程是否符合演绎、归纳、类比等推理规则或规律。③在法律适用的过程中内部证成和外部证成是相互关联的, 不能分开。

### 真题演练

1. (2008-1-52)① 关于法律论证中的内部证成和外部证成, 下列哪些选项是错误的?

A. 法律论证中的内部证成和外部证成之间的区别表现为, 内部证成是针对案件事实问题进行的论证, 外部证成是针对法律规范问题进行的论证

B. 无论内部证成还是外部证成都不解决法律决定的前提是否正确的问题

C. 内部证成主要使用演绎方法, 外部证成主要使用归纳方法

D. 无论内部证成还是外部证成都离不开支持性理由和推理规则

2. (四川 2008-1-3)② 关于法定继承, 《继承法》第 10 条规定: “第一顺序: 配偶、子女、父母。” 第 7 条第 3 款规定, “遗弃被继承人的, 或者虐待被继承人情节严重的”, 丧失继承权。甲作为法定继承人, 被乙告上法庭, 声称甲虐待被继承人, 不应享有继承权。本案审理法官查明甲虐待行为未达到情节严重, 依法驳回乙的诉讼请求。关于本案, 下列哪一选项是错误的?

A. 本案体现了法律的可诉性

B. “遗弃被继承人的, 或者虐待被继承人情节严重的” 规定是本案审理法官推理的大前提之一

C. “第一顺序: 配偶、子女、父母” 这样的规定不是法律规范

D. 《继承法》第 10 条和第 7 条第 3 款均可作为法律论证中的内部证成的支持性理由

3. (2009-1-56)③ 关于法的适用与法律论证, 下列哪些说法是错误的?

A. 法的适用所处理的问题, 既包括法律事实问题也包括法律规范问题, 还包括法律语言问题

B. 法的适用通常采用逻辑中的三段论推理

C. 法的适用只要有外部证成即可, 无须内部证成

D. 法律论证是一个独立的过程, 与法律推理、法律解释没有关系

① ABC。法律论证中的内部证成和外部证成之间的区别表现为, 内部证成是针对推理过程正确进行的论证, 外部证成是针对法律规范和案件事实进行的论证, 其中外部证成要解决法律决定的前提是否正确的问题。外部证成主要使用演绎的方法。无论内部证成还是外部证成都离不开支持性理由和推理规则。

② C。乙可以依据该法律把甲告上法庭, 这就体现了法律的可诉性; “遗弃被继承人的, 或者虐待被继承人情节严重的” 是法律规定, 因此属于本案审理法官推理的大前提之一; “第一顺序: 配偶、子女、父母” 这样的规定是法律规范, 是授权性规则; 《继承法》第 10 条和第 7 条第 3 款均可作为法律论证中的内部证成的支持性理由, 即支撑法官裁判具备合法性的理由。

③ CD。法的适用即司法审判, 一般采用逻辑三段论的形式进行, 在此过程中, 法官既要认定案件事实, 又要寻找法律规范并对其语言含义进行解释, 同时在得出裁判结果后还要对结果的合法性进行论证, 这包括内部证成与外部证成两个方面。在司法审判中, 法律解释、法律推理、法律论证是紧密结合不可分割的。



### 法学理论

#### 1. 法律解释的特点

- (1) 法律解释的对象，一个是法律的规定，另一个是附属的情况；
- (2) 法律解释是与具体案件相关的，解释是跟特定案件相关联的；
- (3) 法律解释具有一定的价值取向性，法律解释的过程是一个价值判断、价值选择的过程；
- (4) 法律解释受解释学循环的制约，是一个在局部和整体之间往返流转的过程。

#### 2. 法律解释的种类

- (1) 正式解释：也叫法定解释，是特定机关、官员或有解释权的个人对法律作出的具有法律约束力的解释和说明，如古罗马时期五大法学家的解释。
- (2) 非正式解释：也叫学理解释，一般指学者或其他个人及组织对法律所作的不具备法律约束力的解释，如律师、当事人对法律的解释。

#### 3. 法律解释的方法

- (1) 文义解释：即依照文法规则分析法律的语法结构、文字排列和标点符号等，以便准确理解法律条文的基本含义。
- (2) 立法者目的解释：也叫主观目的解释，根据立法者制定法律的意图或立法资料来解释法律含义，其适用的前提是寻找明确的立法者意图。
- (3) 历史解释：是结合某一法律规范产生的经济、政治、文化、社会的历史条件对法律含义所作的说明。
- (4) 比较解释：根据外国的立法或判例对本国法律进行解释。
- (5) 体系解释：也称系统解释、逻辑解释，是指从某一法律规范与其他法律规范的相互联系，以及它在整个法律体系或某一法律部门中的地位与作用，同时联系其他规范来说明该规范的内容和含义。
- (6) 客观目的解释：与主观目的解释相对应，它认为立法者的目的往往无法寻找，因此应从法律文本本身的、客观的目的出发来对法律条文进行解释。
- (7) 法律解释的一般（而非绝对）顺序：语义解释—体系解释—立法者目的解释—历史解释—比较解释—客观目的解释。

#### 4. 当代中国的法律解释体制

- (1) 立法解释，这是全国人大常委会的解释，包括对宪法的解释和对法律的解释。
- (2) 司法解释，包括最高人民法院的审判解释、最高人民检察院的检察解释及两家的联合解释。
- (3) 行政解释，是指国务院及其所属部门在依法处理其职权范围内的事务时，对有关法律和法规所作的解释。
- (4) 地方性法规解释，制定地方性法规的人大常委会或政府主管部门所作的解释。



## 考点解析

对于法律解释这个问题，要特别注意下面两个方面：

1. 要准确理解法律解释的几种方法，能够做到灵活运用，以解决案例。另外还要注意各种解释方法的位序问题，文义解释一般最先适用，其次是历史解释、体系解释，最后往往是客观目的解释。

2. 要准确把握当代中国的“一元多级”的法律解释体制。“一元”体现为“法律解释权属于全国人民代表大会常务委员会”。《宪法》第67条赋予全国人民代表大会常务委员会解释宪法和法律的权力；《立法法》第42条第2款进一步规定，法律有以下情形之一的，由全国人民代表大会常务委员会解释：①法律的规定需要进一步明确具体含义的；②法律制定后出现新的情况，需要明确适用法律依据的。此外，国务院、中央军事委员会、最高人民法院、最高人民检察院和全国人民代表大会各专门委员会以及省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会可以向全国人民代表大会常务委员会提出法律解释的要求。

“多级”则表现为除全国人大常委会的法律解释外，还存在着其他类型的法定法律解释。根据全国人大常委会1981年所发布的《关于加强法律解释工作的决议》，我国还存在着下列法定法律解释类型：

(1) 凡属于法院审判工作中具体适用法律、法令的问题，由最高人民法院进行解释；凡属于检察院检察工作中具体适用法律、法令的问题，由最高人民检察院进行解释；最高人民法院和最高人民检察院的解释如果有原则性的分歧，报请全国人民代表大会常务委员会解释或决定。

(2) 不属于审判和检察工作中的其他法律、法令如何具体应用的问题，由国务院及主管部门进行解释。

(3) 凡属于地方性法规条文本身需要进一步明确界限或作补充规定的，由制定法规的省、自治区、直辖市人民代表大会常务委员会进行解释或作出规定；凡属于地方性法规如何具体应用的问题，由省、自治区、直辖市人民政府主管部门进行解释。

## 真题演练

1. (2005-1-7)① 2001年全国人大常委会作出解释：刑法第410条规定的“非法批准征用、占用土地”，是指非法批准征用、占用耕地、林地等农用地以及其他土地。对该法律解释，下列哪一种理解是错误的？

- A. 该解释属于立法解释
- B. 该解释的效力与所解释的刑法条文的效力相同
- C. 该解释与司法解释的效力相同
- D. 该解释的效力具有普遍性

2. (2005-1-93)② 根据《立法法》的规定，在下列何种情况下，法律由全国人民代表大会常务委员会解释？

- A. 法律的规定需要进一步明确具体含义的

① C. 该解释属于立法解释，其效力与所解释的刑法条文的效力相同，因此其效力要高于司法解释的效力。

② AB. 法律有以下情况之一的，由全国人民代表大会常务委员会解释：第一，法律的规定需要进一步明确具体含义的；第二，法律制定后出现新的情况，需要明确适用法律依据的。





B. 法律制定后出现新的情况，需要明确适用法律依据的

C. 法律之间发生冲突，需要裁决其效力优先性的

D. 执法过程中具体适用法律的疑难问题

3. (2006-1-7)① 下列关于法律解释的哪一表述是正确的？

A. 法律解释作为法律职业技术的核心在任何有法律职业的国家中，其规则 and 标准没有不同

B. 法律解释方法是多种多样的，解释者往往只使用其中的一种方法

C. 法律解释不是可有可无的，而是必然存在于法律适用之中

D. 法律解释具有一定的价值取向性，因此，它是一种纯主观的活动，不具有客观性

4. (2006-1-56)② 《刑法》第 263 条规定，持枪抢劫是抢劫罪的加重理由，应处 10 年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。冯某抢劫了某出租车司机的钱财。法院在审理过程中确认，冯某抢劫时使用的是仿真手枪，因此，法官在对冯某如何量刑上发生了争议。法官甲认为，持仿真手枪抢劫系本条款规定的持枪抢劫，而且立法者的立法意图也应是这样。因为如果立法者在制定法律时不将仿真手枪包括在枪之内，就会在该条款作出例外规定。法官乙认为，持仿真手枪抢劫不是本条款规定的持枪抢劫，而且立法者的意图并不是法律本身的目的；刑法之所以将持枪抢劫规定为抢劫罪的加重事由，是因为这种抢劫可能造成他人伤亡因而其危害性大，而持仿真手枪抢劫不可能造成他人伤亡，因而其危害性并不大。对此，下列哪些说法是正确的？

A. 法官甲对《刑法》第 263 条规定的解释是一种体系解释

B. 法官乙对《刑法》第 263 条规定的解释是一种目的解释

C. 法官对仿真手枪是不是枪的判断是一种纯粹的事实判断

D. 法官的争议说明：法律条文中所规定的“词”的意义具有一定的开放性，需要根据案件事实通过“解释学循环”来确定其意义

5. (2007-1-5)③ 2005 年 8 月全国人大常委会对《妇女权益保障法》进行了修正，增加了“禁止对妇女实施性骚扰”的规定，但没有对“性骚扰”予以具体界定。2007 年 4 月，某省人大常委会通过《实施〈中华人民共和国妇女权益保障法〉办法》，规定“禁止以语言、文字、电子信息、肢体等形式对妇女实行骚扰”。关于该《办法》，下列哪一选项可以成立？

A. 《办法》对构成“性骚扰”具体行为所作的界定，属于对《妇女权益保障法》的立法解释

B. 《办法》属于《妇女权益保障法》的下位法，按照法律高于法规的原则其效力较低

C. 《办法》属于对《妇女权益保障法》的变通或补充规定

① C. 法律是由人来运用的，法律需要人来解释才有实际意义，因此，法律解释不是可有可无的，而是必然存在于法律适用之中。

② BD. 法官甲对《刑法》第 263 条规定的解释是一种文义解释。法官乙对《刑法》第 263 条规定的解释是一种目的解释。法官对仿真手枪是不是枪的判断是一种价值判断。法官的争议说明：法律条文中所规定的“词”的意义具有一定的开放性，需要根据案件事实通过“解释学循环”来确定其意义。

③ B. 《妇女权益保障法》是全国人大的法律，其解释权在全国人大常委会，所以《办法》对构成“性骚扰”具体行为所作的界定，不属于立法解释。地方人大的《办法》也无权对《妇女权益保障法》进行变通或补充规定。《办法》属于《妇女权益保障法》的下位法，按照法律高于法规的原则其效力较低，这是正确的。《办法》对“性骚扰”进行的解释应当属于目的解释而非体系解释。



D. 《办法》对“性骚扰”进行了体系解释

6. (2007-1-93)<sup>①</sup> 某省人大常委会认为一项法律的个别条款在适用上存在某些困难, 并认为有必要对该条款作出法律解释。根据我国宪法和立法法规定, 该省人大常委会正确的做法是:

- A. 对该条款直接作出法律解释
- B. 提请全国人民代表大会常务委员会就该条款作出法律解释
- C. 提请最高人民法院就该条款作出司法解释
- D. 提请全国人民代表大会就该条款作出法律解释

7. (2008-1-6)<sup>②</sup> 在一起案件中, 主审法官认为, 生产假化肥案件中的“假化肥”不属于《刑法》第140条规定的“生产者、销售者在产品中掺杂、掺假, 以假充真, 以次充好或者以不合格产品冒充合格产品”中的“产品”范畴, 因为《刑法》第147条对“生产假农药、假兽药、假化肥”有专门规定。关于该案, 法官采用的法律解释方法属于下列哪一种?

- A. 比较解释
- B. 历史解释
- C. 体系解释
- D. 目的解释

8. (四川2008-1-53)<sup>③</sup> 最高人民法院、最高人民检察院联合公布了《关于执行刑法确定罪名的补充规定(三)》, 对适用刑法的部分罪名进行了补充或修改, 取消了原来的“公司、企业人员受贿罪”罪名, 修改为“非国家工作人员受贿罪”。对此, 下列哪些选项是正确的?

- A. 该规定属于立法解释
- B. 该规定没有正式的法的效力
- C. 该规定的效力低于宪法
- D. 该规定属于正式解释

9. (2009-1-11)<sup>④</sup> 《物权法》第116条规定: “天然孳息, 由所有权人取得; 既有所有权人又有用益物权人的, 由用益物权人取得。当事人另有约定的, 按照约定。法定孳息, 当事人有约定的, 按照约定取得; 没有约定或者约定不明确的, 按照交易习惯取得”。关于这一规定, 下列哪一说法是错误的?

- A. 该规定属于法律要素中的确定性法律规则
- B. 该规定对于具有物权孳息关系的当事人可以起到很明确的指引作用和预测作用
- C. 该规定事实上允许法官可以在一定条件下以习惯作为司法审判的依据
- D. 对“天然孳息”和“法定孳息”重要法律概念含义的解释应该首先采用客观目的解释的方法

10. (2009-1-51)<sup>⑤</sup> 2004年《全国人民代表大会常务委员会关于〈中华人民共和国刑法〉有关信用卡规定的解释》规定: “刑法规定的‘信用卡’, 是指由商业银行或者其他金融机构发行的具有消费支付、信用贷款、转账结算、存取现金等全部功能或者部分功

① B. 省人大常委会有权提请全国人民代表大会常务委员会作出法律解释。

② C. 法官结合上下文来解释法条, 属于典型的体系解释。

③ CD. 该规定属于正式解释中的司法解释, 具备正式的法律效力, 但其效力低于宪法和法律。

④ D. 《物权法》第116条规定属于法律要素中的确定性法律规则, 对于具有物权孳息关系的当事人可以起到很明确的指引作用和预测作用。“没有约定或者约定不明确的, 按照交易习惯取得”, 因此事实上允许法官在一定条件下以习惯作为司法审判的依据。对“天然孳息”和“法定孳息”重要法律概念含义的解释应该首先采用文义的解释的方法, 这是所有法律解释的第一步。

⑤ BCD. 全国人大常委会《关于〈刑法〉有关信用卡规定的解释》属于有权解释, 该解释和刑法本身具有同等效力。在题目没有提供任何有关解释方法的信息情况下, 其解释方法当然选择文理解释。





能的电子支付卡。”对此，下列哪些说法是正确的？

- A. 该解释是学理解释                      B. 该解释属于有权解释  
C. 该解释和刑法本身具有同等效力   D. 该解释所采用的是文理解释

## 考点八 法律推理：基于前提探求结论

### 法学理论

法律推理本质上是法律思维，是法律人从一定的前提推导出法律决定、法律裁判的思维过程，这个过程必须遵循一定的推论法则。

#### 1. 法律推理的特点

- (1) 法律推理是以法律理由为基础的推理，法律理由不同于科学上的客观真理。  
(2) 法律推理要受现行法律的约束，这里的法律包括正式的国家法和民间的非正式法。  
(3) 法律推理是一种寻求正当性证明的推理。法律推理不是寻找真相和真理的推理，其核心在于为行为规范或人的行为是否正确、妥当提供正当的合法的理由。

#### 2. 法律推理的基本方法

- (1) 演绎推理：主要表现为三段论推理，法律规范和案件事实是法官在审理案件进行法律推理时的两个已知的前提，法官必须根据这两个前提才能作出判决或裁定（结论）。  
(2) 归纳推理：从特殊到一般的推理，比如从多个相类似的案例推导出一个法律规范，归纳推理属于或然性推理，即前提真，但结论未必真。  
(3) 类比推理：从个别到个别的推理，一个规则适用于甲案件，而甲案件和乙案件存在实质相似，则该规则也适用于乙案件。  
(4) 设证推理：依赖经验，从所有能够解释事实的假设中优先选择一个假设的推论。

### 考点解析

法律推理是法理学中一个特别重大而复杂的命题，关于这个问题有以下几个方面需要注意：

1. 准确理解什么是法律推理。法律推理就是在法律论辩中运用法律理由的过程。或者说，是人们在有关法律问题的争议中，运用法律理由解决问题的过程。法律推理一般是以法律与事实两个已知的判断为前提，运用正确的方法和规则为法律适用结论提供正当理由的一种逻辑思维活动。法律推理会受到推理人的道德观念、意识形态、宗教情怀、人生经验等价值因素的影响，因此不同于严格的科学推理，是正当性推理而非真理性推理。

2. 准确理解和熟练运用法律推理的方法（如下表所示）。

- (1) 演绎推理：就是从法律规范、案件事实两个前提推出判决结果的三段论推理，它是最可靠的推理方法，主要适用于大陆法系。  
(2) 归纳推理：是从特殊个案到一般规则的推理，比如从多个相类似的案例推导出一个法律规范，英美法系的普通法就是这样形成和产生的。



(3) 类比推理：它是一种从个别案件到个别案件的推理，流行于实行判例法的英美法系国家，即一个规则适用于甲案件，而甲案件和乙案件存在实质相似，则该规则也适用于乙案件。

(4) 设证推理：从所有能够解释事实的假设中优先选择一个假设的推论，也就是说，在多种可能性中选择一个最具有可能性的假设作为推理的出发点。设证推理并非一种严格的逻辑推理，但却是法官审判案件中普遍使用的方法，假如面对一个刑事案件，可能涉及好几个罪名，法官总会首先凭感觉选择一个最有可能的罪名，然后再寻找相关法条、判例去印证是否正确，这个过程就是设证推理，其价值在于提高裁判的效率。

推理类型	逻辑模式	推理特点	法律领域的运用
演绎推理	其一般模式如下： (1) 大前提 (L-法律规范)； (2) 小前提 (F-案件事实)； (3) 因此，得出结论 (J-法律裁判)	从一般到个别的推理，属于必然性推理，因此最可靠	大陆法系的司法审判中最常用的方法
归纳推理	其一般模式如下： (1) 案例 1 具体情况； (2) 案例 2 具体情况； (3) 案例 3 具体情况； …… 因此，得出一般结论	从个别到一般的推理，属于或然性推理	英美法系审判中，法官从以往判例中归纳推出法律规则
类比推理	其一般模式如下： (1) A 事物具有 a、b、c、d 等属性； (2) B 事物也具有 a、b、c 属性； (3) 因此，B 事物也具有 d 属性	从个别到个别，或然性推理	在法律无具体规定时，依据最相近似条款类比适用解决疑难案件
设证推理	其一般模式如下： (1) 发现事实； (2) 根据以往的知识、经验提出各种可能的解释，并依据可能性的强弱进行排序； (3) 确定其中一种解释为最佳解释； (4) 得出结论：该最佳解释可能为真	从结论假设最可能的原因，依赖个人经验，最不可靠的或然性推理	刑事侦查中警察从现有证据假设最可能的侦查方向

真题演练

1. (2004-1-53)① 下列表述哪些可以成立？
- A. 司机白某在驾车途中因突发心脏病，把车停在了标有“此处禁止停车，违者罚款 100 元”处，但白某最终没有受到处罚。此为运用辩证推理的结果
- B. 在法的适用中，需要对“父母有抚养教育子女的义务，子女有赡养扶助父母的义务”这一规定进行限制解释
- C. 林某因他杀死亡，其与妻子的婚姻法律关系因此而终结。引起该婚姻关系终结的死亡事件属于法律事件

① ABC。司机因心脏病违章停车但未受处罚，这是运用辩证推理的结果。对“父母有抚养教育子女的义务，子女有赡养扶助父母的义务”这一规定应进行限制解释，前一句中的父母指有抚养能力的父母，后一句中的父母指年老丧失生活来源的父母。林某因他杀死亡，其与妻子的婚姻法律关系因此而终结，引起该婚姻关系终结的死亡事件属于法律事件，因为该事件的发生不受当事人意志控制。已加入甲国国籍的原福建人沈某在乙国印制人民币假钞 20 万元，其行为是否适用中国法律，属于法的对象效力问题（涉及保护主义）。





D. 已加入甲国国籍的原福建人沈某在乙国印制人民币假钞 20 万元, 其行为是否适用中国法律, 属于法的空间效力问题

2. (2006-1-91)<sup>①</sup> 杨某是某省高速公路建设指挥部的处长, 为某承包商承建的某段高速公路立交桥绿化工程结算问题向该工程的建设指挥部打招呼, 使该承包商顺利地拿到了工程款, 然后收受了该承包商的 10 万元人民币。一审法院依据上述事实认为杨某的行为触犯了《刑法》第 385 条的规定, 构成受贿罪, 判处杨某有期徒刑 10 年。杨某不服, 提出上诉。二审法院经审理认为杨某的上述行为不构成受贿罪, 撤销一审判决, 宣告杨某无罪。理由是, 该工程的建设指挥部是一个独立的单位, 其人、财、物均归该省所管辖的某市的人民政府管理, 因此, 该省高速公路建设指挥部与该工程建设指挥部之间不存在直接的领导关系。另外, 该承包商的工程结算款不属于不正当利益, 杨某的行为不具备“为请托人谋取不正当利益”的受贿罪要件。关于法院在法律适用中所运用的法律推理, 下列何种说法是不正确的?

- A. 一审法院运用的是一种辩证推理 B. 二审法院运用的是一种类比推理  
C. 一审法院运用的是一种演绎推理 D. 二审法院运用的是一种辩证推理

3. (2006-1-55)<sup>②</sup> 小丽是陈某的养女, 在 22 岁时准备与其结识半年的男朋友结婚。陈某以小丽岁数小、与男朋友认识时间太短等为由, 不同意两人结婚, 并禁止他们来往。从此, 陈某只要发现小丽与男朋友来往, 就对她拳脚相加, 而且不允许她周末外出。小丽忍无可忍, 向当地法院提起诉讼。该法院根据我国《刑法》第 257 条第 1 款的规定 (“以暴力干涉他人婚姻自由的, 处二以下有期徒刑或者拘役”), 判处陈某拘役 2 个月。根据该案, 下列哪些说法是正确的?

- A. 法院所引用的刑法条款所规定的内容属于任意性法律规则  
B. 该刑法条款对小丽的起诉行为起到了一种确定性的指引作用  
C. 法院在该案件中适用的法律推理属于演绎推理  
D. 法院在认定案件事实的过程中不需要运用价值导引的思考方式

4. (2007-1-53)<sup>③</sup> 某日, 陈某因生活琐事将肖某打伤。当地公安局询问了双方和现场目击者并做了笔录, 但未做处理。两年后, 该公安局对陈某做出了拘留 10 日的处罚。陈某申诉, 上一级公安局维持了原处罚决定。陈某提起诉讼。法官甲认为该公安局违反了《人民警察法》关于对公民报警案件应当及时查处的规定, 因此应当撤销其处罚决定。法官乙认为, 如果因公安局的迟延处理而撤销其处罚, 就丧失了对陈某的违法行为进行再处理的可能, 因此不应当撤销。依据法理学的有关原理, 下列哪些选项是正确的?

- A. 陈某与该公安局之间不存在法律关系  
B. 法官甲的观点说明法律具有程序性的特征  
C. 法官甲的推理属于形式推理  
D. 法官乙的观点属于司法解释

① A. 本案中一审法院运用的是一种演绎推理。二审法院运用的是类比推理和辩证推理 (类比属于辩证推理的一种)。

② BC. 法院所引用的刑法条款所规定的内容属于强制性法律规则。该刑法条款对小丽的起诉行为起到了一种确定性的指引作用。法院在该案件中适用的法律推理属于演绎推理。法院在认定案件事实的过程中需要和法律解释联系起来综合考虑, 所以在此过程中需要运用价值导引的思考方式。

③ BC. 陈某与该公安局之间存在隶属性法律关系。法官甲的观点强调了处罚的时效性, 说明法律具有程序性的特征, 他的推理属于形式推理。法官乙的观点属于非正式解释。



5. (2008-1-53)<sup>①</sup> 青年男女在去结婚登记的路上被迎面驶来的卡车撞伤, 未能登记即被送往医院抢救。女方伤势过重成为植物人, 男方遂悔婚约。女方父母把男方告到法院, 要求男方对女方承担照顾抚养的责任。法院以法无明文规定为由, 裁定不予受理。关于本案, 下列哪些评论是错误的?

- A. 支持不予受理, 因为法官面对的是法律不调整的“法外空间”事项
- B. 支持不予受理, 因为法官正确运用了类比推理而没有采用设证推理
- C. 反对不予受理, 因为法官违反了“禁止拒绝裁判原则”
- D. 反对不予受理, 因为法官没有发挥法律在社会中的创造作用

6. (四川 2008-1-2)<sup>②</sup> 某法院法官在审理案件中推理如下:《刑法》规定, 故意伤害他人身体的, 处 3 年以下有期徒刑、拘役或者管制; 张某殴打他人造成轻伤, 所以对其判处 2 年有期徒刑。这位法官所用的是下列哪一种推理?

- A. 类比法律推理
- B. 归纳法律推理
- C. 演绎法律推理
- D. 设证法律推理

7. (2009-1-9)<sup>③</sup> 关于法律解释和法律推理, 下列哪一说法可以成立?

- A. 作为一种法律思维活动, 法律推理的根本目的在于发现绝对事实和真相
- B. 法律解释和法律推理属于完全不同的两种思维活动, 法律推理完全独立于法律解释
- C. 法官在进行法律推理时, 既要遵守和服从法律规则又要在不同利益冲突间进行价值平衡和选择
- D. 法律推理是严格的形式推理, 不受人的价值观影响

8. (2009-1-92)<sup>④</sup> 周某半夜驾车出游时发生交通事故致行人鲁某重伤残疾, 检察院以交通肇事罪起诉周某。法院开庭, 公诉人和辩护人就案件事实和证据进行质证, 就法的适用展开辩论。法庭经过庭审查实, 交通事故致鲁某重伤残疾并非因周某行为引起, 宣判其无罪释放。依据法学原理, 下列判断正确的是:

- A. 法院审理案件目的在于获得正确的法律判决, 该判决应当在形式上符合法律规定, 具有可预测性, 还应当在内容上符合法律的精神和价值, 具有正当性
- B. 在本案中, 检察院使用了归纳推理的方法
- C. 法院在庭审中认定交通事故致鲁某重伤残疾并非因周某行为引起, 这主要解决的是事实问题
- D. 法庭主持的调查和法庭辩论活动, 从法律推理的角度讲, 是在为演绎推理确定大小前提

① ABD。对于民事案件, 即使法律无明文规定, 也必须受理, 可以依据习惯、道德进行审理, 因此法院不予受理的做法是错误的, 违反了“禁止拒绝裁判原则”。选项 D 的说法和题目没有关系。

② C。法官以刑法条文为前提得出判决, 属于典型的演绎推理。

③ C。作为一种法律思维活动, 法律推理的根本目的在于发现合法的判决而非绝对事实和真相, 后者是科学家的工作。法律解释和法律推理紧密联系不可分离。法官在进行法律推理时, 既要遵守法律规则又要在不同利益冲突间进行价值平衡, 因此法律推理具有价值判断的特征, 会受到人的价值观念的影响。

④ AD。法院审理案件目的在于获得正确的法律判决, 该判决应当在形式上符合法律规定, 具有可预测性, 还应当在内容上符合法律的精神和价值, 具有正当性, 这就是内部、外部证成。法庭主持的调查和法庭辩论活动, 从法律推理的角度讲, 是在为演绎推理确定大小前提, 即确定法律规范和案件事实。在本案中, 检察院使用了演绎而非归纳推理的方法, 法院在庭审中认定交通事故致鲁某重伤残疾并非因周某行为引起, 从而宣判其无罪, 这不再是解决事实问题, 而是依据法律和证据得出的结论。当然, 选项 C 本身表述含糊, 因此存在争议。

## 第三讲 法的演进论

**【本讲概要】** 法的演进，是用历史的眼光来考察人类法律文明的来龙去脉，是对法律作为制度文明的历时性考察。这部分的重要考点包括：法的起源、法的发展、法的历史类型、当代世界两大法系、法的现代化、法治国家等。其中法制现代化和法治国家理论往往构成论述题的出题背景。

### 考点一 法的起源与发展

#### 法学理论

##### 1. 法的起源

- (1) 法的起源的各种学说：神创说、暴力说、契约说、发展说、合理管理说。
- (2) 法产生的根源：①经济根源：私有制和商品经济；②阶级根源：阶级的产生；③社会根源：社会的发展。
- (3) 法产生的标志：国家的产生，权利义务观念形成，法律诉讼和司法的出现。
- (4) 法产生的一般规律：①从个别调整到规范调整，从一般规范性调整再到法的调整。②从习惯到习惯法再到制定法。③从法律、道德、宗教浑然一体到相互独立、相对分离。

##### 2. 法的发展

- (1) 法的历史类型：依据经济基础、阶级意志对历史上的法作的宏观划分。
- (2) 法的历史类型：①奴隶制和封建制法；②资本主义法：从自由竞争到垄断阶段；③社会主义法。

#### 考点解析

这个知识点的重要性不是很高，需要补充的有一点：资本主义从自由竞争时期发展到垄断时期，法律制度有了很多变化，私有财产神圣不可侵犯的原则受到了一定限制，国家制定了不少调整经济、文化关系和社会公共事务的法律，出现了“法的社会化”的趋势，委托立法、授权立法大量出现，两大法系逐步靠拢，国际立法增加等。

#### 真题演练

(2004-1-81)<sup>①</sup> 在讨论“法的起源、法的历史发展”这部分内容时，法学院同学甲、乙、丙各抒己见。甲认为：①马克思主义法学认为法产生的根本原因是私有制的出现和阶级

<sup>①</sup> AD。甲的观点全部正确，乙的观点全部正确，丙的观点1错误而2正确。





的形成；②在古罗马学者西塞罗看来，人定法源于自然法。乙认为：①法的移植对象只能是本国或本民族以外的法律，法的继承对象则主要是本国或本民族的法律；②德国学者马克斯·韦伯将历史上存在的法分为形式不合理的法、实质不合理的法、实质合理的法、形式合理的法。丙认为：①与原始社会规范的适用相比较，法的适用范围主要是根据居民的血缘关系来确定的；②不同历史类型的法之间存在着继承关系。下列选项何者为正确？

- A. 甲的观点①、乙的观点①和丙的观点②
- B. 甲的观点②、乙的观点②和丙的观点①
- C. 甲的观点①、乙的观点①和丙的观点①
- D. 甲的观点②、乙的观点②和丙的观点②

## 考点二 法律继承与法律移植

### 法学理论

#### （一）法的继承：法遗产的时间性传承

##### 1. 法的继承的含义

不同历史类型的法律制度之间的延续和继受，这里一定注意“不同历史类型”的含义，我国唐律对隋律的借鉴就不是法律继承，因为两者属于同一历史类型即均为封建制法。

##### 2. 法的继承的根据

- (1) 社会生活条件的历史延续性决定了法的继承性。
- (2) 法的相对独立性决定了法的发展过程的延续性和继承性。
- (3) 法作为人类文明成果决定了法的继承的必要性。
- (4) 法的发展的历史事实验证了法的继承性。

#### （二）法的移植：法文化的空间性传播

##### 1. 法的移植的必然性和必要性

- (1) 社会发展和法律发展的不平衡性决定了法的移植的必然性。
- (2) 市场经济的客观规律和根本特征决定了法的移植的必要性。
- (3) 法的移植是法制现代化的一个过程和途径，因此法的移植是法治现代化和社会现代化的必然需要。
- (4) 法的移植是对外开放的应有内容。

##### 2. 法的移植的类型

- (1) 经济、文化和政治相同或基本相同的国家相互吸收对方的法律，以至融合和趋同。
- (2) 落后国家或发展中国家直接采纳先进国家或发达国家的法律。
- (3) 区域性法律统一运动和世界性法律统一运动或法律全球化。

### 考点解析

法的继承是不同历史类型的法律制度之间的延续和继受，一般表现为旧法对新法的影响和新法对旧法的承接和继受。法的移植强调的是对一个国家对同时代的其他国家的法律制





度的借鉴和吸收。法的继承与法的移植是一个国家法律发展的重要途径和方式。对于这个问题，需要注意以下两点（如下表所示）：

1. 把法的继承和法的移植的概念区别开来。法的继承体现的是时间上的先后关系，法的移植则强调的是空间上的关系。法的移植反映一个国家对同时代其他国家法律制度的吸收和借鉴，移植的范围除了外国的法律外，还包括国际法律和惯例。

2. 法的移植是一项十分复杂的工作，要避免不加选择地盲目移植，应选择优秀的、适合本国国情和需要的法律进行移植，应注意国外法与本国法之间的同构性和兼容性，注意法律体系的系统性，同时法的移植要有适当的超前性。对落后国家而言，法的移植是法治现代化的重要途径，但不是唯一的途径。对于这一点，要结合中国法制现代化的问题来思考，这是一个理论争议问题，可以作为论述题进行考核。

	含 义	理由或必要性
法的继承	不同历史类型的法律制度之间的延续和继受，是个时间性概念	(1) 是社会生活的历史延续性所决定； (2) 是法的相对独立性所决定； (3) 法作为人类文明成果决定了法律继承的必要性； (4) 法的发展历史验证了法的继承
法的移植	不同国家或地区法律制度的借鉴和吸收，是个空间性概念	(1) 社会和法律发展的不平衡决定了法律移植的必要性； (2) 市场经济的客观规律和根本特征决定了法律移植的必要性； (3) 法制现代化的必然需求； (4) 对外开放的应有内容

真题演练

(2009 - 1 - 52)① “法的继承体现时间上的先后关系，法的移植则反映一个国家对同时代其他国家法律制度的吸收和借鉴，法的移植的范围除了外国的法律外，还包括国际法律和惯例。” 据此，下列哪些说法是正确的？

- A. 1804 年《法国民法典》是对罗马法制度、原则的继承
- B. 国内法不可以继承国际法
- C. 法的移植不反映时间关系，仅体现空间关系
- D. 法的移植的范围除了制定法，还包括习惯法

考点三 法律传统与法律文化

法学理论

(一) 法的传统与当代中国法的传统

- 1. 法的传统：指世代相传、辗转相承的有关法的观念、制度的总和。
- 2. 中国古代法的传统：

① ABD。《法国民法典》属于资本主义法，罗马法是奴隶制法，两者处于不同时代，因此属于法律继承；法律继承是国家和民族的法律的延续吸收，一般不包括国际法；法的移植主要体现的是空间关系；移植范围包括别国的制定法，也包括习惯法。



- (1) 礼法结合、以礼为主；
- (2) 等级有序、家族本位；
- (3) 恭行天理、执法原情；
- (4) 民刑不分、重刑轻民；
- (5) 无讼是求、重视调解。

### 3. 当代中国法律文化的渊源：

- (1) 马克思法律思想和中国社会主义法制建设经验；
- (2) 西方法律制度和法律思想；
- (3) 中国古代法传统。

## (二) 法律意识

### 1. 法律意识的含义

人们关于法律现象的思想、观念、知识和心理的总称。

### 2. 法律意识的结构

(1) 法律心理：法律意识的初级形式，即人们对法律现象的表面的、直观的感性认识 and 情绪，比如普通公众对法律的赞美、反对、讽刺等。

(2) 法律思想体系：法律意识的高级阶段，即人们以理论化、知识化、体系化的方式表现出来的对法律现象的理性认识，比如学者的法学论文、著作等。

### 3. 法律意识对法律的作用

- (1) 传承法律知识；
- (2) 指导法律创制；
- (3) 促进法律实施。

## 考点解析

法的传统、法律文化与法律意识属于法理学中既有理论意义又有实践意义的重大课题，务必作为重点来掌握。这里需要补充以下几点：

### 1. 要理解法律文化的含义：

(1) 法律文化是一个含义非常广泛的概念，是文化的一种具体形态，一般指法律规范、法律制度以及包括法的制定、法的实施在内的法律实践和人们从事各种法律活动的行为模式；同时也指人们关于法律和法律现象的态度、心理、知识、习惯、理论。

(2) 法律文化是法的传统的重要方面和主要内容，一个国家的法的传统更多的是通过法律文化，尤其是固有法文化表现出来的。

(3) 一般来说，法律文化包括三个层面：①物质层面或器物层面的法律文化，主要指法庭、监狱、看守所、法官服饰、司法设备等方面。在古代中国，法庭要布置得威严，要摆设刑具；在英美国家，法官和律师要戴上假发、穿上长袍，这都是法律文化的体现。②制度层面的法律文化，主要指法律制度、政治制度以及人们在社会交往中约定俗成的风俗和习惯，比如诉讼制度、审判制度、交易规则等。③精神层面的法律文化，这是法律文化结构中较深的一个层次，主要包括法律观念、法律思维、法律意识、法律学问等内容。比如，在古代，民众厌讼，在现代，民众好讼，这反映出两种不同的法律观念和价值标准。法律文化的上述三个层次彼此相关，构成了法律文化的有机整体。

2. 法律意识是指人们对法的现象的观点、知识、心理态度的总称。法律意识是一种

观念的法律文化。法律意识与其他社会意识一样，有其相对的独立性，表现在：

(1) 它不是消极地被社会存在所决定，而是积极地反作用于社会存在；

(2) 法律意识的发展具有历史继承性，每一历史时期的法律意识都与以往的思想成果有着联系和可以继承吸收的关系；

(3) 它同其他社会意识之间相互作用、相互影响；

(4) 法律意识可以相对地落后或超越于社会存在，走在经济发展的后面或前面。法律意识在结构上分为两个层次：法律心理和法律思想体系。法律心理是人们对法律现象表面的、直观的惯性认识和情绪，是法律意识的初级形式和阶段；法律思想体系是法律意识的高级阶段，它以理性化、理论化和体系化为特征，是人们对法律现象进行理性认识的产物，也是人们对法律现象的自然的反映形式。

### 真题演练

1. (2003 - 1 - 82)<sup>①</sup> 下列何种表述属于法律意识的范畴？

- A. 郭某感觉到中国法官的腐败行为越来越少了
- B. 贾某因卡式炉爆炸而毁容，向法院起诉要求酒店支付 50 万元精神损害赔偿金
- C. 梅某认为偷几本书不构成盗窃罪
- D. 进城务工的农民周某拿不到用人单位报酬，自认倒霉。

2. (2007 - 1 - 56)<sup>②</sup> 关于法律发展、法律传统、法律现代化，下列哪些选项可以成立？

- A. 中国法律的现代化的启动形式是立法主导型
- B. 进入 20 世纪以后，各国、各民族法律的特殊性逐渐受到普遍关注，民族历史传统可能构成现实法律制度的组成部分
- C. 在当今经济全球化的背景下，对各国法律进行法系划分已失去了意义
- D. 法的继承体现时间上的先后关系，法的移植反映一个国家对同时代其他国家法律制度的吸收和借鉴

## 考点四 西方国家两大法系

### 法学理论

1. 法系：是在对各国法律制度的现状和历史渊源进行比较研究的过程中形成的概念，是根据法的历史传统和外部特征的区别对法所作的分类，凡属于同一传统的法律就构成一个法系。

2. 民法法系：以古罗马法尤其是《法国民法典》为渊源，主要分布在欧洲大陆，又叫大陆法系、罗马—德意志法系和法典法系。

① ACD。贾某因卡式炉爆炸毁容向法院起诉要求酒店支付精神损害赔偿金，这是法律行为而非法律意识。其他的均属于法律意识。

② ABD。法的现代化有内发型和外源型两种，中国法律的现代化属于后者，并且其启动形式是立法主导型，是自上而下的。进入 20 世纪以后，各国、各民族法律的特殊性逐渐受到普遍关注，因此，民族历史传统可能构成现实法律制度的组成部分。法的继承体现时间上的先后关系，法的移植反映一个国家对同时代其他国家法律制度的吸收和借鉴。在当今经济全球化的背景下，各国法律之间的移植变得频繁，各国法律呈现趋同的趋势，但是，差异依然存在并且非常重要，所以对各国法律进行法系划分依然具有重要意义。



3. 普通法系：以英国普通法为渊源，主要分布在英国及其附属国和殖民地国家，又叫英国法系、判例法系和英美法系，分为英国法与美国法两个分支。

4. 西方国家两大法系的区别：

- (1) 法律思维上：演绎思维与归纳思维。
- (2) 法律渊源上：制定法与判例法。
- (3) 法律分类上：公法、私法和普通法、衡平法。
- (4) 诉讼程序上：纠问制和对抗制。
- (5) 法典编撰上：大法典和单行法。

考点解析

这个知识点一般应该是在法制史中进行考核的。这里需要注意两点：

1. 法系（legal family）与法律体系（legal system）是完全不同的法律概念，前者是一个比较法的概念，指依据法的历史传统和外部特征为标准对各国法所作的归类，后者则指一国全部现行法的整体。

2. 民法法系和普通法系的主要差别在于：①在法律思维上，民法法系是演绎型的，普通法系是归纳型的。②在法的渊源上，民法法系的正式渊源是制定法，普通法系的正式渊源是制定法和判例法。③在法律的分类上，民法法系分为公法和私法，普通法系分为普通法和衡平法。④在诉讼程序上，民法法系主要采取纠问式，普通法系主要采取对抗式。⑤在法典编纂上，民法法系强调的是法典编纂的严谨性、完整性，普通法系强调的是单行性法典，不强调完整的法典编纂（如下表所示）。目前，两大法系在不断的相互吸收、相互借鉴。

	民法法系	普通法法系
法律思维方式	演绎型思维	归纳式思维，注重类比推理
法的渊源	制定法为渊源	制定法、判例法
法律分类	公法和私法	普通法和衡平法
诉讼程序	纠问制诉讼	对抗制诉讼
法典编撰	有系统的法典编撰	虽有制定法，但不倾向进行系统的法典编撰

真题演练

1. （2008 - 1 - 55）<sup>①</sup> 法系是法学上的一个重要概念。关于法系，下列哪些选项是正确的？

- A. 法系是一个比较法学上的概念，是根据法的历史传统和外部特征的不同对法所作的分类
- B. 历史上曾经存在很多个法系，但大多都已经消亡，目前世界上仅存的法系只有民法法系和普通法系
- C. 民法法系有编纂成文法典的传统，因此，有成文法典的国家都属于民法法系

<sup>①</sup> AD。法系是根据法的历史传统和外部特征的不同对法所作的分类。世界上依然存在的法系有民法法系、普通法系、伊斯兰法系等。民法法系有编纂成文法典的传统，但并非有成文法典的国家就都属于民法法系。法律移植是法系形成和发展的重要途径。

D. 法律移植是一国对外国法的借鉴、吸收和摄取,因此,法律移植是法系形成和发展的重要途径

2. (四川 2008-1-91)<sup>①</sup> “在中国法的发展历史上,追求‘民族化’显然是一个主线,形成了‘尚古主义’取向的具有保守性格的中华法系。只是到了清末出现一批主张借鉴西方法律制度的学者和政治家如沈家本之后,法的民族化受到部分冲击。西方近代以后两大法系基本形成,两大法系的发达程度之高已被国际公认,其原因不得不归结为法的民族化与国际化的协调一致。”基于这段引文,下列表述正确的是:

- A. 无论中华法系还是西方的两大法系都包含各自的法律文化
- B. 中华法系具有保守性格,追求“民族化”,与其他法系的文化之间没有形成交流与融合
- C. 西方的两大法系在历史发展的过程中逐渐实现了与国际化的协调一致,但与中华法系相比,却又失去了“民族化”特色
- D. 沈家本是倾向于法律移植的法学家

## 考点五 法的现代化

### 法学理论

#### 1. 法的现代化

- (1) 法的现代化是指与现代化的需要相适应的、法的现代性因素不断增加的过程。
- (2) 法的现代性因素包括:强调人权,重视平等,推崇法的形式理性和程序优先等。

#### 2. 法的现代化的两种类型

- (1) 内发型法的现代化:是一个自发的、自下而上的、缓慢的渐进变革过程。
- (2) 外源型法的现代化:因受外部冲击,具有被动性和依附性,往往表现为自上而下的剧烈变革,因此导致外来法律制度与本土法律文化之间出现紧张冲突关系。

#### 3. 中国法的现代化

- (1) 从被动接受到主动选择;
- (2) 从模仿他人到具有自己特色;
- (3) 启动的形式是立法主导型;
- (4) 制度变革在先,观念更新在后。

### 考点解析

理解法的现代化与中国法治现代化问题,需要注意以下几点:

1. 法的现代化是人类法律文明的成长与跃进过程,是一个从人治社会向现代法治社会的转型过程,是一个包含了人类法律思想、行为及其实践的各个领域的多方面进程,其核心是人的现代化。法的现代化是法从传统法到现代法的转化,这个转化可以概括为:  
①从等级的法到平等的法,从身份的法到契约的法(英国梅因);②从义务本位的法到权

<sup>①</sup> AD. 无论中华法系还是西方的两大法系都包含各自的法律文化。中华法系即使具有保守性格,也与其他法系的文化之间有交流与融合。西方的两大法系在历史发展的过程中逐渐实现了与国际化的协调一致,但并未失去民族化特色。沈家本是倾向于法律移植的法学家,所以他主导了清末修律的制度引进。



利本位的法；③从实质理性的法到形式理性的法（德国马克斯·韦伯）；④从专制的法到民主的法，从少数人的法到全体人的法；⑤从人治的法到法治的法。

2. 以法的现代化最初的动力来源为尺度，通常把法的现代化模式划分为内发型、外源型两种模式。中国法的现代化经历了一个艰难的过程。清政府下诏，派沈家本、伍廷芳主持修律，中国法的现代化在制度层面上正式启动。因此，从起因上看，中国法的现代化明显属于外源型法的现代化，其特点之一是立法主导型（如下表所示）。在这种情况下，中国法的现代化就存在着外来法律制度与本土法律观念的脱节，存在着国家法与民间法（习惯、道德、村规民约等）的冲突，这些问题一直影响到今天的法治建设，需要 we 认真对待。

3. 尽管西方法的现代化程度很高，但是法的现代化并不等于法的西方化。任何一个国家都可以走出一条自己的法治现代化的道路，中国尤其要有这种信心和意识。

内发型法的现代化	外源型法的现代化	中国法的现代化
<p>(1) 是在西方文明的特定历史背景下孕育发展起来的。</p> <p>(2) 是社会自身力量产生的法的内部创新。</p> <p>(3) 是一个自发的、自下而上的、缓慢的渐进改革过程</p>	<p>(1) 是在外部因素的推动和影响下展开的。</p> <p>(2) 具有被动性。</p> <p>(3) 具有依附性。</p> <p>(4) 具有反复性</p>	<p>(1) 中国法的现代化以清末收回领事裁判权为契机。</p> <p>(2) 属于外源型法的现代化。</p> <p>(3) 具有自己的独特之处：由别动接受到主动选择；由模仿民法法系到建立有中国特色社会主义法律制度；启动形式是立法主导型；法律制度变革在前，思想观念更新在后</p>

真题演练

(2006 - 1 - 53)① 村民姚某育有一子一女，其妻早逝。在姚某生前生活不能自理的 5 年时间里，女儿对其日常生活进行照顾。姚某去世之后留有祖传贵重物品若干，女儿想分得其中一部分，但儿子认为，按照当地女儿无继承权的风俗习惯，其妹不能继承。当地大部分村民也指责姚某的女儿无理取闹。对此，下列哪些说法可以成立？

- A. 在农村地区，应该允许风俗习惯优先于法律规定
- B. 法与习俗的正当性之间存在一定的紧张关系
- C. 中国法的现代化需要处理好国家的制定法与“民间法”之间的关系
- D. 中国现行法律与中国人的传统观念有一定的冲突

考点六 法治

法学理论

1. 法治的概念

(1) 法治是与人治相对立的一种治国方略、社会调控方式，法治强调以法治国、法律至上，法律具有最高的地位。

(2) 法治是一种依法办事而形成的法律秩序，法治是近代资产阶级在追求经济自由、

① BCD。风俗习惯属于法的非正式渊源，自然不能优先于正式的法律规定。





追求政治民主、反抗封建专制过程中逐步建立的，是一种民主的法制模式。

(3) 法治是指一种法律价值、法律精神，也是另一种社会理想，指通过这种依法治国的方式、原则和制度的实现而形成的一种社会状态。

(4) 法治意味着法律在社会生活中具有最高的权威性，意味着法律调整社会生活的广泛性和正当性。

## 2. 法制与法治的区别

(1) 静态的法制是指一国法律和制度的总称，动态的法制是法律运行（立法、守法、执法、司法、法律监督）的全过程，其核心是依法办事；法治是指一种与人治相对应的现代治国原则和方略，其核心是约束公权和保障人权。

(2) 法制在任何阶级社会都存在；法治则是资本主义之后才出现。

(3) 法制与任何政治形态都能兼容；法治则与专制相对立，与民主相联系。

## 3. 法治国家的条件和标准

(1) 通过法律保障人权限制公权。

(2) 良法治理，即法律应该在形式和内容上都是良法而非恶法。

(3) 通过宪法分权和制约。

(4) 广泛的公民权利。

(5) 确立司法独立。

## 4. 社会主义法治国家的条件

(1) 制度条件：法律体系、权力制衡、独立司法、健全律师

(2) 思想条件：法律至上、权利平等、权力制约、权利本位

### 考点解析

关于法治的问题，补充说明下面几个方面：

1. 一定要把法制和法治这两个概念区别开来：法治是依据法律的治理，是与人治相对立的一种治国方略，法治强调的是保障人权、权力制衡、法律至上；而法制则是指一国法律制度的总和，它包括立法、司法、执法、守法、法律监督的原则、制度、程序和过程。法制与法治最大的区别在于：法制的概念不包含人权、自由、正义等特定的价值，而法治则包含了这些价值内涵，法治强调通过约束国家公权保障公民人权。在相互联系方面，法制是法治的前提条件和基础，没有法制，就谈不上法治。

2. 在中国法治国家建设过程中，应注意两个方面：既要有完备的法律制度，又要有良好的法律理念。如果官员和公民心中没有法治的理念，其行动中就不会尊重法律的权威。在今天，中国一定要注意在完善制度的同时进行法治理念的普及与宣传，良好的法律意识是法治实现的精神基础。

### 真题演练

1. (2003-1-4)<sup>①</sup> 在某法学理论研讨会上，甲和乙就法治的概念和理论问题进行辩论。甲说：①在中国，法治理论最早是由梁启超先生提出来的；②法治强调法律在社会生

<sup>①</sup> A。在中国，法治的概念（不是理论）最早是由梁启超先生提出来的。法治强调法律在社会生活中的至高无上的权威，法治意味着法律调整社会生活的正当性。在历史上，法家提出过“任法而治”、“以法治国”的思想；法治与法制存在本质区别；“法治国家”概念最初是在德语中使用的。因此甲的论点①错误，乙的论点②错误。



活中的至高无上的权威；③法治意味着法律调整社会生活的正当性。乙则认为：①法家提出过“任法而治”、“以法治国”的思想；②法治与法制没有区别；③“法治国家”概念最初是在德语中使用的。下列哪一选项所列论点是适当的？

- A. 甲的论点②和乙的论点①
- B. 甲的论点①和乙的论点③
- C. 甲的论点②和乙的论点②
- D. 甲的论点③和乙的论点②

2. (2004 - 1 - 51)① 下列关于法治与法制的表述哪些是不适当的？

A. 法治要求法律全面地、全方位地介入社会生活，这意味着法律取代了其他社会调整手段

- B. 法治与法制的根本区别在于社会对法律的重视程度不同
- C. 实现了法制，就不会出现牺牲个案实体正义的情况
- D. 法治的核心是权利保障与权力制约



---

① ABC。法治要求法律全面地、全方位地介入社会生活，这并不意味着法律取代了其他社会调整手段。法治与法制的根本区别在于是否尊重和保障人权，法制并不以保障人权为核心，因此，即使实现了法制，也有可能出现牺牲个案实体正义的情况。

## 第四讲 法的社会论

**【本讲概要】** 本讲着重考察法与社会其他现象之间的关系，是从外部视角对法律现象的再审视。其重要考点包括：法与政治、法与经济、法与道德、法与人权等。

### 考点一 法与社会

#### 法学理论

##### 1. 法和其他社会现象不可分割

- (1) 社会是法的基础，法是社会的产物。
- (2) 由于法是社会的产物，因此，理解法律必须回归社会，即法之理在法外。

##### 2. 法以社会为基础

- (1) 法的性质与功能由社会决定。
- (2) 法律的变迁与社会发展基本一致。

##### 3. 法对社会的调整

- (1) 调和利益冲突，保证社会秩序。
- (2) 解决社会矛盾与问题，促进社会和谐。

##### 4. 法与和谐社会

- (1) 和谐社会：民主法治、公平正义、充满活力、安定有序、人与自然和谐相处。
- (2) 构建和谐社会的法律方法：建立理性法律制度、确立实质法治、创新法律调整机制。

#### 考点解析

对于法与社会这个问题，这里强调两点：

1. 应准确把握法律与社会的基本关系。法律属于上层建筑的范畴，它来源于社会，被社会决定，换句话说，社会是法律的母体，不是法律创造社会，而是社会创造了法律。但是同时也要看到，法律毕竟包含着人的创造性和理想性因素，所以法律不是社会现实的原模原样的再现，法律也并非总是一成不变地跟在社会的脚步之后，在很多时候，法律可以影响甚至改造社会，推动社会进步。

2. 要重视和谐社会的问题。和谐社会概念的提出，不仅是个重大的政治问题，同时也是一个重大的法律问题。和谐社会，是一个民主法治、公平正义、充满活力、安定有序、人与自然和谐相处的美好社会，这个社会理想影响到我们对法律的设计和实施。在回答论述题时，应有意识地联想到这个知识点。



1. (2006-1-4)<sup>①</sup> 关于法与社会相互关系的下列哪一表述不成立?

A. 按照马克思主义的观点, 法的性质与功能决定于社会, 法与社会互相依赖、互为前提和基础

B. 为了实现法对社会的有效调整, 必须使法律与其他的资源分配系统进行配合

C. 构建和谐社会, 必须强调理性、正义和法律统治三者间的有机联系

D. 建设节约型社会, 需要综合运用经济、法律、行政、科技和教育等多种手段

2. (2008-1-92)<sup>②</sup> 某国跨国甲公司发现中国乙公司申请注册的域名侵犯了甲公司的商标权, 遂起诉要求乙公司撤销该域名注册。乙公司称, 商标和域名是两个领域的完全不同的概念, 网络域名的注册和使用均不属中国《商标法》的调整范围。法院认为, 两国均为《巴黎公约》成员国, 应当根据中国法律和该公约处理注册纠纷。法院同时认为, 对驰名商标的权利保障应当扩展到网络空间, 故乙公司的行为侵犯了甲公司的商标专用权。据此, 下列表述正确的是:

A. 法律应该以社会为基础, 随着社会的发展而变化

B. 科技的发展影响法律的调整范围, 而法律可以保障科技的发展

C. 国际条约可以作为我国法的渊源

D. 乙公司的辩称和法院的判断表明: 法律决定的可预测性与可接受性之间存在着一定的紧张关系

3. (2009-1-7)<sup>③</sup> 奥地利法学家埃利希在《法社会学原理》中指出: “在当代以及任何其他的时代, 法的发展的重心既不在立法, 也不在法学或司法判决, 而在于社会本身。”关于这句话含义的阐释, 下列哪一选项是错误的?

A. 法是社会的产物, 也是时代的产物

B. 国家的法以社会的法为基础

C. 法的变迁受社会发展进程的影响

D. 任何时代, 法只要以社会为基础, 就可以脱离立法、法学和司法判决而独立发展

## 考点二 法与经济

### 法学理论

#### 1. 法与经济的一般关系

(1) 法由经济基础决定。

(2) 法对经济有积极反作用: 确认经济关系、规范经济行为、维护经济秩序、服务经济活动。

① A. 按照马克思主义的观点, 法的性质与功能决定于社会, 社会是法的前提和基础, 这个关系不能反过来。

② ABCD. 根据材料, 选项全部正确。乙公司的辩称和法院的判断表明: 法律决定的可预测性与可接受性之间存在着一定的紧张关系。严格按照法律条文进行推理维护了法律决定的可预测性, 而根据公平准则进行创造性处理则维护了法律决定的可接受性, 在本案中这两个方面出现了冲突。

③ D. 法以社会为基础, 随着社会而进步, 但绝对不能脱离立法、司法和法学而独立发展, 因为法律是人制定和实施的, 本质上是人的一种创造和发明。





## 2. 法与科技

(1) 科技进步对法的影响：司法、法律思想、法律方法。

(2) 法对科技进步的作用：管理科技、确立科技事业的地位及国际科技竞争与合作的准则；促进科技成果商品化；对科技负面问题的抑制与预防。

### 考点解析

法与经济、科技的问题在客观题考核中比较简单，需要补充两点：

1. 市场经济就是法治经济，法律对于市场经济的健康发展具有重要作用。市场经济需要法律的促进和保障，法律在市场经济的宏观调控中具有引导作用、促进作用、协调作用、制约作用、保障作用；同时法律在规范微观经济行为中能确认经济活动主体平等的法律地位，调整经济活动中的各种关系，解决经济活动中的各种纠纷，维护正常的经济秩序。

2. 法律与科技的关系是一个可以出论述题的考点。科技进步直接推动了经济发展，从而深刻改变和影响人类社会，也影响到法律的发展，科技进步为法律扩展了新的领域，带来了新的方法。与此同时，科技进步也带来了克隆人、试管婴儿、器官移植、安乐死、转基因生物等新问题，这些问题对法律提出了挑战，甚至颠覆了传统法律的基本制度。对这些问题，要辩证分析，既要按照法律的一般原则和价值进行处理，也要体现与时俱进的精神。

### 真题演练

1. (2004-1-82)<sup>①</sup> 下列有关法与社会关系的表述何者为正确？

A. 中国固有的法律文化深受伦理的影响；而宗教对于西方社会法律信仰的形成具有重要的影响，为确立“法律至上”观念奠定了基础

B. “法的社会化”是西方现代市场经济发展中出现的现象，表明法律是市场经济的宏观调控手段

C. 凡属道德所调整的社会关系，必为法律调整；凡属法律所调整的社会关系，则不一定为道德所调整

D. 生命科学的发展、器官移植技术的成熟对法律具有积极影响

2. (2006-1-6)<sup>②</sup> 生物技术和医疗技术的不断发展，使器官移植成为延续人的生命的一种手段。近年来，我国一些专家呼吁对器官移植进行立法，对器官捐献和移植进行规范。对此，下列哪种说法是正确的？

A. 科技作为第一生产力，其发展、变化能够直接改变法律

B. 法律的发展和变化也能够直接影响和改变科技的发展

C. 法律既能促进科技发展，也能抑制科技发展所导致的不良后果

D. 科技立法具有国际性和普适性，可以不考虑具体国家的伦理道德和风俗习惯

<sup>①</sup> ABD。道德所调整的社会关系，不一定也为法律所调整，比如私人生活，比如感情信仰，等等。一般来说，道德调整的范围要比法律广泛。

<sup>②</sup> C。科技是第一生产力，其发展、变化能够影响法律但不能直接改变法律。法律的发展和变化可以间接影响和改变科技的发展。尽管科技立法具有一定的国际性和普适性，但也要考虑具体国家的伦理道德和风俗习惯。

3. (2009-1-54)<sup>①</sup> 2007年8月30日,我国制定了《反垄断法》,下列说法哪些可以成立?

A. 《反垄断法》的制定是以我国当前的市场经济为基础的,没有市场经济,就不会出现市场垄断,也就不需要《反垄断法》,因此可以说,社会是法律的母体,法律是社会的产物

B. 法对经济有积极的反作用,《反垄断法》的出台及实施将会对我国市场经济发展产生重要影响

C. 我国市场经济的发展客观上需要《反垄断法》的出台,这个事实说明,唯有经济才是法律产生和发展的决定性因素,除经济之外法律不受其他社会因素的影响

D. 为了有效地管理社会,法律还需要和其他社会规范(道德、政策等)积极配合,《反垄断法》在管理市场经济时也是如此

### 考点三 法与政治、政策

#### 法学理论

##### 1. 法与政治的一般关系

(1) 政治对法的作用:法在总体上服务于政治,同时法具有相对独立性。

(2) 法对政治的作用:确立政治体制、维护政治功能、规范政治行为、保障政治运行。

##### 2. 法与政策

(1) 法与政策的共性:阶级本质、经济基础、指导思想、基本原则、社会目标。

(2) 法与政策的区别:意志属性、规范形式、实施方式、调整范围、稳定性及程序化程度。

##### 3. 法与国家权力

(1) 法律表述和确认国家权力,赋予国家权力以合法性。

(2) 国家权力对法的作用:实现国家义务、保护公民权利、实现社会整合、创设和施法律均需要国家权力。

(3) 通过法律限制国家权力,防止权力腐败和权力异化。

#### 考点解析

对于这个问题,要注意下面几点:

1. 法律与政治的关系是极为密切的。法律作为上升为国家意志的一定阶级意志的体现,无疑同政治联系在一起。法律一方面直接受政治的制约,并为政治服务;另一方面,法律又确认和调整政治关系,直接影响政治并促进政治的发展。在某种意义上讲,法律应反映和服务一定的政治,但这只是就总体而言,并非意味着任何法律都肯定反映某种政治要求。

<sup>①</sup> ABD。经济是法的决定因素,但法同时还要受到历史、民族、宗教、地理等因素的影响。法律具有局限性,需要其他规范的配合。







2. 法律和党的政策的关系相对比较重要,前者是法的正式渊源,后者是法的非正式渊源。①执政党的政策与法律是有区别的:制定的机关和程序不同,政策的制定在程序上往往不太严格;表现形式不同,政策往往是表现为文件、宣言、口号等;调整的范围、实施方式不同,政策调整的要比法律调整的广泛一些,法的实施与国家强制力相关;稳定性也不一样,法律的稳定性强一些,政策灵活一些。②法律与政策的相互作用:一方面,法律以政策为指导,首先表现在立法方面,政策是法律制定的依据;其次在法律的实施方面,政策对法律具有指导作用。另一方面,政策应依法律实施,不能违抗或超越法律。在提倡依法治国的今天,政策的运用空间相应的就要缩小,但并不意味着法治下政策就没有发挥作用的可能性和必要性。

3. 法与国家权力的关系涉及宪政与法治的根本问题,因此需要从理论上把这个问题搞清楚。一般来说,法与国家权力相互依存、相互支撑,法律赋予国家权力,国家权力保障法律的实施。但在很多时候,法与国家权力之间也存在紧张或冲突,权力有扩大和不受约束的倾向,因此现代法治特别强调通过法律控制国家权力,其控制机制包括权力控制权力、权利控制权力、法律制约权力等。

### 真题演练

1. (2003-1-5)① 下列关于法与道德、宗教、科学技术和政治关系的选项中,哪一项表述不成立?

- A. 宗教宣誓有助于简化审判程序,有时也有助于提高人们守法的自觉性
- B. 法具有可诉性,而道德不具有可诉性
- C. 法与科学技术在方法论上并没有不可逾越的鸿沟,科学技术对法律方法论有重要影响
- D. 法的相对独立性只是对经济基础而言的,不表现在对其他上层建筑(如政治)的关系之中

2. (2007-1-92)② 《最高人民法院关于审理盗窃案件具体适用法律若干问题的解释》规定:各地高级人民法院可根据本地区经济发展状况,并考虑社会治安状况,在本解释规定的数额幅度内,分别确定本地区执行“数额较大”、“数额巨大”、“数额特别巨大”的标准。依据法理学的有关原理,下列正确的表述是:

- A. 该规定没有体现法的普遍性特征
- B. 该规定违反了“法律面前人人平等”的原则
- C. 该规定说明:法律内容的决定因素是社会经济状况
- D. 该规定说明:政治对法律没有影响

① D. 法的相对独立性不只是对经济基础而言的,还表现在对其他上层建筑(如政治)的关系之中。

② C. 各地高级人民法院可根据本地区经济发展状况,并考虑社会治安状况,在本解释规定的数额幅度内,分别确定本地区执行“数额较大”、“数额巨大”、“数额特别巨大”的标准。该规定说明法律内容的决定因素是社会经济状况,但不能因此认为政治对法律没有影响。

## 考点四 法与国家

### 法学理论

#### 1. 法与国家的一般关系

- (1) 相互依存相互支撑；
- (2) 存在紧张和冲突；
- (3) 法治强调通过法律控制权力。

#### 2. 社会主义法治与民主政治

- (1) 民主是法治的前提与基础；
- (2) 法治是民主的体现和保障。

### 考点解析

法与国家权力的关系涉及宪政与法治的根本问题，因此需要从理论上把这个问题搞清楚。一般说来，法与国家权力相互依存、相互支撑，法律赋予国家权力，国家权力保障法律的实施。但在很多时候，法与国家权力之间也存在紧张或冲突，权力有扩大和不受约束的倾向，因此现代法治特别强调通过法律控制国家权力。

## 考点五 法与道德

### 法学理论

#### 1. 法与道德在本质上是否联系

- (1) 自然法学派：法律必须体现和反映道德要求，否则“恶法非法”。
- (2) 分析实证法学：两者没有必然联系，法律无关善恶，“恶法亦法”。

#### 2. 法与道德在内容上相互交叉

(1) 在一个稳定的社会，道德规范和法律规范在大部分内容上是一致的，违背道德的行为，往往也为法律所惩罚；而违反法律的行为，同时也会被道德所谴责。

(2) 道德要求人们积极行善，而法律则只要求人们不要作恶，因此在现代社会，人们倾向于认为“法律是最低限度的道德”。

#### 3. 法与道德在功能上互补

- (1) 道德强调教化，如同温柔的母亲，可以指导人的心灵。
- (2) 法律主要靠强制，如同严厉的父亲，可以约束人的行为。

#### 4. 法与道德的区别

- (1) 生成方式：建构与演化。
- (2) 行为标准：确定与模糊。
- (3) 存在形态：一元与多元。
- (4) 调整方式：外在行为和内在思想。
- (5) 运作机制：程序性与非程序性。



- (6) 强制方式：外在强制与内在约束。
- (7) 解决方式：可诉与不可诉。

考点解析

考虑到法与道德的问题是一个很可能会被论述题光顾的重大考点，这里有必要对相关问题进行些扩展介绍。

在法与道德问题上，西方自然法学派和分析法学派有完全不同的观点。自然法学派主张法律与道德应当具有内在的统一，法律应当体现道德的要求，国家的制定法必须符合正义的自然法，反过来，如果国家的法律违背了人类社会的道德共识和基本良知，那它就不配再被称为“法律”，简单地说，“恶法非法”。但是，分析法学派则认为，“法律是什么”的问题与“法律应当是什么”的问题是互相分离的，法律与道德存在着根本上的差异，将两者人为地连接只会使法律变得怪诞和模糊。因此，在实证分析法学派眼里，法律之效力不取决于道德评判，因此“恶法亦法”。

结合当代中国的实践，我们对法律与道德的关系作一个简单概括：

- 1. 法律与道德都是由社会物质生活条件所决定的，它们属于上层建筑的范畴，并为国家治理和经济建设服务。法律是国家意志从而是统治阶级意志的体现，而道德同样要受到主流意识形态的制约，两者均是国家治理的工具和手段，各自发挥着不可替代的作用。
- 2. 法律与道德在内容和取向上存在差异，但主要方面是相互渗透、相互交织。法律必须和必然体现大部分的道德要求，否则法律很难得到社会的认可和遵守，所以说“法律是最低限度的道德”。法律往往以法律规范的形式把道德的某些原则和要求加以确认，使之具有了法的属性。法律与道德在价值取向和追求上存在共性，它们都渴望实现平等、公正、自由、和谐与正义。
- 3. 法律与道德在实施中相互扶持，在功能上形成互补。由于法体现了道德的基本精神和要求，所以通过法律教育和法律实施活动，可以促进道德实现，提高人们的道德素质。通过对合法行为的保护和对违法行为的处罚，培养了人们的道德观念。与此同时，道德对法律的实施具有积极的促进作用，因为良好的道德状况有助于法的更有效实现，有助于减少违法行为和执法成本。

总之，法律与道德形成良性互动，各得其所、各司其职，则社会必然和谐繁荣。

法与道德的联系和区别如下表所示。

法与道德的联系	法与道德的区别
<p>(1) 本质上的联系：自然法学派认为法与道德在本质上有必然联系，法律必须符合道德，“恶法非法”；分析法学派否认法与道德在本质上的必然联系，坚持“恶法亦法”。</p> <p>(2) 内容上的联系：近现代以来，人们认为“法律是最低限度的道德”。</p> <p>(3) 功能上的联系：各具优势，功能互补，但在现代社会法律调整应该是处于主导地位</p>	<p>(1) 生成方式上的建构性与非建构性；</p> <p>(2) 行为标准上的确定性和模糊性；</p> <p>(3) 存在形态上的一元性和多元性；</p> <p>(4) 调整方式上的外在行为和内在思想；</p> <p>(5) 运行机制上的程序性与非程序性；</p> <p>(6) 强制方式上的外在强制和内在约束；</p> <p>(7) 解决方式上的可诉性与不可诉性</p>

真题演练

- 1. (2004 - 1 - 2)① 下列关于法与道德的表述哪一项是正确的？

① B。自然法学派强调法律应符合道德，并未否认实在法也是法律这个事实。中国古代的儒家认为，治理国家主要靠道德，辅助以法律。近现代的法学家大多倾向于肯定“法律是最低限度的道德”的说法。

- A. 自然法学派认为，实在法不是法律
- B. 分析实证主义法学派认为，法与道德在本质上没有必然的联系
- C. 中国古代的儒家认为，治理国家只能靠道德，不能用法律
- D. 近现代的法学家大多倾向于否定“法律是最低限度的道德”的说法

2. (2006-1-54)<sup>①</sup> 孙某早年与妻子吕某离婚，儿子小强随吕某生活。小强 15 岁时，其祖父去世，孙某让小强参加葬礼。小强与祖父没有感情，加上吕某阻挡，未参加葬礼。从此，孙某就不再支付小强的抚养费。吕某和小强向当地法院提起诉讼，请求责令孙某承担抚养费。在法庭上，孙某提出不承担抚养费的理由是，小强不参加祖父葬礼属不孝之举，天理难容。法院没有采纳孙某的理由，而根据我国相关法律判决吕某和小强胜诉。根据这个事例，下面哪些说法是正确的？

- A. 一个国家的法与其道德之间并不是完全重合的
- B. 法院判决的结果表明：一个国家的立法可以不考虑某些道德观念
- C. 法的适用过程完全排除道德判断
- D. 法对人们的行为的评价作用应表现为评价人的行为是否合法或违法及其程度

3. (2007-1-52)<sup>②</sup> 关于法与道德的共同点，下列哪些选项是正确的？

- A. 法律和道德都是一种社会规范，都具有规范性
- B. 法律和道德都具有强制性，都是人们应该遵循的规范
- C. 法律和道德都是历史的产物，都是不断变化的
- D. 法律和道德都是建立在一定物质生产方式之上的

4. (2009-1-55)<sup>③</sup> 关于法与道德的论述，下列哪些说法是正确的？

- A. 法律规范与道德规范的区别之一就在于道德规范不具有国家强制性
- B. 按照分析实证主义法学的观点，法与道德在概念上没有必然联系
- C. 法和道德都是程序选择的产物，均具有建构性
- D. 违反法律程序的行为并不一定违反道德

## 考点六 法与宗教

### 法学理论

#### 1. 法与宗教的区别

(1) 法与宗教产生的历史条件不同：宗教的产生早于法律。

(2) 法与宗教的产生方式不同：法律是创造的，宗教是自发演化的。

(3) 法与宗教的调控范围和作用不同：法调整重大的、人的外部行为，宗教关注所有的行为，包括内心思想。

① ABD。法的适用过程往往是一个价值判断的过程，因此不可能完全排除道德判断。

② ABCD。法律和道德都是一种社会规范，都具有规范性，能够指导和约束人的行为。法律和道德都是历史的产物，它们会随着社会的变化而不断变化。而作为上层建筑的部分，法律和道德都是建立在一定物质生产方式之上的，是被物质制约和决定的。另外，法律具有国家强制性，道德具有社会强制性，因此都是人们应该遵循的规范。

③ ABD。法律规范与道德规范的区别之一就在于道德规范不具有国家强制性，在分析实证主义法学看来，法与道德在概念上没有必然联系。法是程序选择的产物，具有建构性，道德源于生活，是演化的。违反法律程序的行为并不一定违反道德，比如父亲对通奸儿子的殴打。





(4) 法与宗教的调整及实现方式不同：法律靠国家强制，宗教靠良心与信仰。

(5) 法与宗教的形式不同：法律侧重权利义务，宗教侧重义务。

## 2. 宗教对法的影响

(1) 宗教可以推动立法。

(2) 宗教影响司法程序。

(3) 宗教有助于提高人们守法的自觉性。

## 3. 法对宗教的影响

(1) 法对宗教政策的规定。

(2) 法保障公民的宗教信仰自由，但法律禁止邪教。

### 考点解析

宗教与法律的关系主要表现在两个方面：一方面，宗教对法产生影响，宗教不仅可以推动立法，影响司法程序的设计，而且宗教信仰有助于提高人们守法的自觉性。另一方面，法对宗教产生影响，近现代社会法律一般都坚持“政教分离”的原则，法对宗教自由给予保护，同时也禁止利用宗教尤其是邪教进行破坏活动。

### 真题演练

1. (2006-1-2)① 关于法与宗教的关系，下列哪种说法是错误的？

A. 法与宗教在一定意义上都属于文化现象

B. 法与宗教都在一定程度上反映了特定人群的世界观和人生观

C. 法与宗教在历史上曾经是浑然一体的，但现代国家的法与宗教都是分离的

D. 法与宗教都是社会规范，都对人的行为进行约束，但宗教同时也控制人的精神

2. (2009-1-8)② 《摩奴法典》是古印度的法典，《法典》第5卷第158条规定：“妇女要终生耐心、忍让、热心善业、贞操，淡泊如学生，遵守关于妇女从一而终的卓越规定。”第164条规定：“不忠于丈夫的妇女生前遭诟辱，死后投生在豺狼腹内，或为象皮病和肺癆所苦。”第8卷第417条规定：“婆罗门贫困时，可完全问心无愧地将其奴隶首陀罗的财产据为己有，而国王不应加以处罚。”第11卷第81条规定：“坚持苦行，纯洁如学生，凝神静思，凡12年，可以偿赎杀害一个婆罗门的罪恶。”结合材料，判断下列哪一说法是错误的？

A. 《摩奴法典》的规定表明，人类早期的法律和道德、宗教等其他规范是浑然一体的

B. 《摩奴法典》规定苦修可以免于处罚，说明《法典》缺乏强制性

C. 《摩奴法典》公开维护人和人之间的不平等

D. 《摩奴法典》带有浓厚的神秘色彩，与现代法律精神不相符合

① C. 法与宗教在历史上曾经是浑然一体的，现代大多数国家的法与宗教都是分离的，但在一些国家如伊斯兰法的国家，法律与宗教依然混合在一起。

② B. 《摩奴法典》的规定表明，人类早期的法律和道德、宗教等其他规范是浑然一体的。《摩奴法典》规定苦修可以免于处罚，苦修本身就是一种法律惩罚，因此不能说《法典》缺乏强制性。其他选项属于常识判断。



### 法学理论

#### 1. 正确理解人权 (human rights) 的内涵

(1) 人权是基于人的本性 (包括自然属性和社会属性) 必须平等具有的基本权利, 因此可以说人权首先是一种自然权利和道德权利。

(2) 人权的主体不仅包括个体也包括群体, 比如民族。

(3) 人权的客体包括生存权、发展权和各种人身、政治、经济和社会权利。

(4) 自由是人权的内容要素, 平等是人权的形式要素。

(5) 人权不是天赋的, 而是具有历史性, 其内容要受社会物质生活条件决定。

#### 2. 法与人权的一般关系

(1) 人权是判断法律善恶的标准。

(2) 法律是人权的体现和保障: 没有法律就没有人权。

### 考点解析

对于人权的法律保护这个问题, 不仅是客观题中一个重要考点, 而且在论述题中涉及的概率也很大, 因此需要补充如下几点:

1. 人权是一个人基于自由生存、自由发展而享有的基本权利。资本主义宣称人权是天赋的, 但这并不符合事实。按照马克思主义观点, 人权不是抽象的, 不能超出社会的物质生活条件, 因此, 人权具有阶级性和历史性。另外, 我们认为, 人权的主体不仅包括个人, 也包括全体, 比如民族自决权、发展权等。

2. 虽然宪法中规定的公民基本权利是人权的基本内容, 但人权并不仅仅就等同于宪法中的公民基本权利, 也就是说, 人权并不以法律明文规定为全部依据。有些人权, 虽然法律未规定, 但人们依然可以享有和行使, 比如迁徙自由、生育权、性权利等。

3. 关于法律与人权的关系, 可以从两个方面来理解: ①人权可以作为判断法律善恶的标准。人权是现代民主政治的目的, 也是现代进步文明法律所要实现的价值目标之一, 它构成了法律的人道主义基础。人们可以根据人权的精神来判断法律的善与恶、好与坏。具体而言, 人权对法律的作用体现在: 一个是它指出了立法和执法所应坚持的最低的人道主义标准和要求; 二是它可以诊断现实社会生活中非法侵权的症结, 从而提出相应的法律救济的措施; 三是它有利于实现法的有效性, 促进法律的自我完善。②人权需要通过法律保障予以实现。人权的法律保护始终是人权实现的最直接的保障手段。一个国家的法制状况如何将直接影响人权实现的程度。首先, 通过立法的形式, 人权才得以具体化, 这是由法律的规范性决定的; 其次, 通过执法和司法, 人权得到最强有力的保障, 这是由法律的国家意志性和国家强制力所决定的。

4. 人权的法律保护主要表现为国内法的保护, 这种保护已逐渐形成一个体系, 分为立法保护、司法保护、个人保护等。①人权的立法保护包括三种形式: 首先, 国家宪法以根本大法的形式确认人权的一般原则或将个人的人权规定为“公民的基本权利”; 其次, 基本的实体法部门将人权转化为公民的各种具体权利 (民事权利、劳动权利等); 再次,







各种程序法规定了人权行使的方法以及在人权受到侵害时获得法律救济的措施和程序，国家负有排除该人权实现障碍和向其提供条件的义务。②人权的司法保护主要是指通过司法机关适用法律的活动对人权所进行的保护。这种保护除司法机关严格执行法律的规定保护个人权利外，司法机关自身也对人权的实现行使特定的保障职能。③人权的个人保护是指公民个人对自己的人权实现依法所采取的保障措施，这是人权主体的自我保障方式。在法治社会里，人权主体对侵害的抵抗已由过去的以暴制暴式的对恶政的抵抗渐转为宪法秩序、法律秩序下的和平抵抗。

### 真题演练

1. (2007-1-4)① 关于法律与人权关系的说法，下列哪一个选项是错误的？

- A. 人权的法律化表明人权只能是一种实有权利。
- B. 保障人权是法治的核心内容之一。
- C. 人权可以作为判断法律善恶的标准。
- D. 法律可以保障人权的实现，但是法律并不能根除侵犯人权的现象。

2. (四川 2008-1-4)② 随着科技的发展，人体器官移植成为可能，产生了自然人享有对自己的器官进行处理的权利。美国统一州法律全国督查会议起草的《统一组织捐献法》规定：“任何超过 18 岁的个人可以捐献他的身体的全部或一部分用于教学、研究、治疗或移植的目的”；“如果个人在死前未作出捐献表示，他的近亲可以如此做”；“如果个人已经作出这种捐献表示的，不能被亲属取消。”之后，美国所有的州和哥伦比亚特区采取了这个法令。关于这一事例，下列哪一选项是错误的？

- A. 科技进步对法律制度的变迁有较大的影响
- B. 人权必须法律化才能获得更大程度的保障
- C. 人权归根结底来源于国家的承认
- D. 器官捐献是一种自由处分的权利，而不是义务

① A。人权是人依其本性而应当享有的不可剥夺的基本权利，在这个意义上讲，人权首先是一种道德权利和应然权利，人权的内容通过立法转化为法律权利，使人的应然权利有机会转化为实有权利，但并非表明人权只能是一种实有权利。在现代法治社会，保障人权是法治的核心内容之一。人权可以作为判断法律善恶的标准，反过来法律可以保障人权的实现，但是有法律并不能根除侵犯人权的现象，即并不意味着有了法律，人权必然就会得到实现和保障。

② C。科技进步对法律制度的变迁有较大的影响，人权必须法律化才能获得更大程度的保障。但是，人权归根结底是人基于其本性应当具有的自然权利和道德权利，因此人权不是来源于国家的承认，而是源于人性本身。在本案中，器官捐献是一种自由处分的权利，而不是义务。

## 第五讲 法治理念论

**【本讲概要】** 法治理念是我国建设法治国家的指导思想，是影响和塑造中国法治的精神力量和意识形态背景。其重要的考点包括：法治理念的来源、法治理念的内涵、法治理念的作用、法治理念的践行等。考核方式以记忆为主，因此难度不大。

### 考点一 社会主义法治理念的基本理论

#### 法学理论

##### 1. 社会主义法治理念的基本概念

社会主义法治理念是指导我国建设社会主义法治国家的思想观念体系，它反映了社会主义法治的性质、功能、价值取向和实现途径，是社会主义法治体系的精髓和灵魂，是立法、执法、司法、守法和法律监督的指导思想。

##### 2. 社会主义法治理念的特征

(1) 政治性。

(2) 人民性。在社会主义法治理念中，法治建设的根本目标是实现好、维护好、发展好最广大人民的利益；人民是法治的主体，是法治建设的重要参与者和推动力。

(3) 科学性。

(4) 开放性。

##### 3. 社会主义法治理念的理论渊源

马克思主义法治思想，主要包括马克思、恩格斯、列宁的法治思想和中国特色社会主义理论体系中的法治思想，是马克思主义国家与法的理论的组成部分，是指导社会主义法治建设的世界观和方法论，是社会主义法治理念的理论基础。

##### 4. 社会主义法治理念的本质属性

“党的事业至上、人民利益至上、宪法法律至上”的重要观点。这是对社会主义民主法治建设规律的科学总结，是我国社会主义法治的根本原则，因而也是社会主义法治理念的本质属性。“三个至上”从三个方面概括了社会主义法治理念的精神实质，在法律思想史上第一次划清了社会主义法治理念与资本主义法治理念的原则界限。

##### 5. 社会主义法治理念的地位

社会主义法治理念，是社会主义民主法治建设的内在精神和灵魂。树立社会主义法治理念，关系到依法治国基本方略的落实，关系到社会主义民主法治建设的盛衰，关系到人民利益和公民权利的切实保障，也关系到党的执政地位的巩固。

##### 6. 社会主义法治理念的作用

(1) 社会主义法治理念是我国一切立法活动的思想先导；





- (2) 社会主义法治理念是确保我国行政机关及其公职人员严格公正文明执法,实现法律效果与社会效果有机统一的思想基础;
- (3) 社会主义法治理念是确保我国司法坚持正确方向、实现司法公正的思想保障;
- (4) 社会主义法治理念是建设社会主义法治文化、增强全社会法律意识的价值指引;
- (5) 社会主义法治理念是推动法学研究繁荣和发展的重要保障。

## 考点解析

关于社会主义法治理念的基本原理,有两个考点务必重视:

### 1. 社会主义法治理念的理论渊源

马克思主义法治思想,主要包括马克思、恩格斯、列宁的法治思想和中国特色社会主义理论体系中的法治思想,是社会主义法治理念的理论基础。

其中,中国特色社会主义理论体系中的法治思想,即中国特色社会主义法治理论,主要由以下几个方面构成:①坚持党的领导、人民当家做主和依法治国的有机统一,这是中国特色社会主义法治的核心和精髓。②坚持党的事业至上、人民利益至上和宪法法律至上,这是中国特色社会主义法治的根本原则。③坚持依法治国、执法为民、公平正义、服务大局和党的领导,这是中国特色社会主义法治的基本理念。④坚持人民代表大会制度,这是中国特色社会主义法治的政治基础,五是建设公正高效权威的社会主义司法制度,这是中国特色社会主义法治的重要保障。

### 2. 社会主义法治理念的本质属性

“党的事业至上,人民利益至上,宪法法律至上”的重要观点。这是对社会主义民主法治建设规律的科学总结,是我国社会主义法治的根本原则,因而也是社会主义法治理念的本质属性。“三个至上”从三个方面概括了社会主义法治理念的精神实质,在法律思想史上第一次划清了社会主义法治理念与资本主义法治理念的原则界限:

(1) 党的事业本质上就是人民的事业。

(2) 坚持人民利益至上,实现好、维护好、发展好最广大人民的根本利益,坚持“人民利益至上”,维护人民权益,这是党全心全意为人民服务的根本宗旨的体现,也是社会主义宪法法律的最高价值,是社会主义法治的目的。

(3) 坚持宪法法律至上,树立和维护宪法法律权威。“三个至上”的提出,肯定了宪法法律至上这一现代法治文明的合理内核,是中国共产党总结和探索执政规律的重要成果,标志着党在思想认识上完成了领导方式和执政方式的重大转变。

党的事业至上、人民利益至上、宪法法律至上是高度统一、不可分割的整体,共同构成社会主义民主政治的鲜明标志,共同反映社会主义法治建设的必然要求。社会主义法治理念是马克思主义法律观中国化的最新成果(第四次创新):

(1) 毛泽东同志提出并实施“民主建国”,制定第一部《中华人民共和国宪法》(1954年9月20日通过),实现了马克思主义法律观中国化的第一次重大创新。

(2) 邓小平同志提出了社会主义法制建设“有法可依、有法必依、执法必严、违法必究”的“十六字方针”,实现了马克思主义法律观中国化的第二次重大创新。

(3) 江泽民同志正式确定“依法治国,建设社会主义法治国家”的治国方略,实现了马克思主义法律观中国化的第三次重大创新。

(4) 胡锦涛同志提出了“社会主义法治理念”这一崭新命题,实现了马克思主义法

### 真题演练

1. (2007-1-51)<sup>①</sup> 关于社会主义法治理念, 下列哪些选项是正确的?
- A. 社会主义法治理念体现了中国共产党领导、人民当家做主和依法治国的有机统一。  
B. 社会主义法治理念是在总结我国法治建设实践经验、借鉴世界法治文明成果的基础上提出的。  
C. 社会主义法治理念是真正符合人民利益和需要的法治理念。  
D. 通过社会主义法治理念教育, 切实提高法律职业人员维护社会主义法治的能力。
2. (2009-1-1)<sup>②</sup> 2007 年 12 月 26 日, 中共中央总书记胡锦涛提出“党的事业至上、人民利益至上、宪法法律至上”的重要观点。有关“三个至上”中“宪法法律至上”的理解, 下列哪一选项是正确的?
- A. “宪法法律至上”是指宪法和法律在效力上地位相同, 都具有最高效力  
B. “宪法法律至上”仅仅强调实现法律效果, 是增强全社会法律意识的价值指引  
C. 肯定“宪法法律至上”是执政党在思想认识上的一个重大转变  
D. “宪法法律至上”是我国宪法明确规定的原则, 一切国家机关、武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织都必须遵守
3. (2009-1-2)<sup>③</sup> 下列哪一选项不属于社会主义法治理念的理论渊源?
- A. 马克思主义的人民主权思想      B. 马克思主义有关法的本质和作用的思想  
C. 研究社会主义法治理念的方法论      D. 新中国成立 60 年来的社会主义法治建设
4. (2009-1-3)<sup>④</sup> 关于社会主义法治理念的理解, 下列哪一选项是正确的?
- A. 社会主义法治理念与中国传统法律文化有本质区别, 它与后者之间不存在继承关系  
B. 社会主义法治理念主要以马克思主义的剩余价值学说为基础  
C. 社会主义法治理念是建设社会主义法治文化的价值指引  
D. 社会主义法治理念本身属于社会主义法治的制度体系
5. (2009-1-4)<sup>⑤</sup> 社会主义法治理念是马克思主义法律观中国化的最新成果。有关这一表述, 下列哪一说法是不成立的?
- A. 社会主义法治理念是马克思主义法律观同中国国情和现代化建设实际逐渐结合的产物  
B. 马克思主义法律观的中国化进程从新中国成立以后才开始  
C. 1954 年《中华人民共和国宪法》的制定实现了马克思主义法律观中国化的第一次重大创新  
D. 社会主义法治理念的提出, 解决了建设什么样的法治国家、如何建设社会主义法

① ABCD。选项全部正确。

② C。“宪法法律至上”并不意味着宪法的效力和其他法律相同, 否则就违宪了。“宪法法律至上”并非仅仅强调实现法律效果, 还强调政治效果和社会效果。“宪法法律至上”并非我国宪法明确规定的原则, 而是党提出的法治原则。

③ D。社会主义法治理念的理论渊源是马克思主义法治思想, 主要包括马克思、恩格斯、列宁的法治思想和中国特色社会主义理论体系中的法治思想, 选项 D 不是思想, 而是实践。

④ C。社会主义法治理念与中国传统法律文化之间存在继承关系。社会主义法治理念主要以马克思主义的法治学说为基础。社会主义法治理念不属于社会主义法治的制度体系, 而是思想体系。

⑤ B。马克思主义法律观的中国化进程从新中国成立以前就开始了, 比如延安时期共产党的理论和实践就是表现。



6. (2009-1-5)<sup>①</sup> 社会主义法治理念是中国特色社会主义理论体系的组成部分, 这个理论体系包含邓小平理论。20 世纪 70 年代末至 90 年代初, 中共中央领导集体的主要代表邓小平曾创造性地提出一系列具体的法律思想。判断下列哪一项不是邓小平理论法律思想的重要内容?

- A. “有法可依、有法必依、执法必严、违法必究”的十六字方针
- B. 一手抓建设和改革, 一手抓法制
- C. 用法律措施维护安定团结的政治局面
- D. 明确提出“依法治国, 建设社会主义法治国家”的基本方略

7. (四川 2008-4-1) 简答题

问题: 从法律意识与法律职业的关系的角度, 简述社会主义法治理念教育的重要性。

答题要求: 观点正确, 表述完整、准确; 不少于 400 字。

参考答案:

(1) 法律意识是社会意识的一种特殊形式, 在法律职业中起着重要的作用。法律职业者的法律意识水平的高低决定着他们对法律精神实质的理解程度, 并直接关系到他们处理案件的正确、合理与否。法律职业者的法律意识水平的提高依赖于社会主义法律意识的培养。

(2) 社会主义法治理念是符合广大人民群众利益和需要的法治理念, 是先进的法治理念。对法律职业人员进行社会主义法治理念教育是加强法律职业人员思想政治建设的一项战略举措, 意义重大而深远。开展社会主义法治理念教育是适应新时期司法、执法工作新形势新任务的客观需要, 是确保司法、执法工作社会主义方向的客观需要。

(3) 社会主义法治理念教育可以培养和提升法律职业人员的社会主义法律意识, 保证他们正确地合理地处理法律问题。社会主义法治理念教育可以进一步端正司法、执法理念, 进一步增强司法、执法能力, 进一步规范司法、执法行为, 进一步明确改革方向, 进一步加强职业队伍建设。

(4) 社会主义法治理念教育可以进一步提高人民群众对司法、执法工作和法律职业人员的满意度, 推进社会主义和谐社会建设。

## 考点二 社会主义法治理念的基本内涵

### 法学理论

#### 1. 依法治国是社会主义法治的核心内容

(1) 人民民主。人民民主的本质就是人民当家做主, 国家的一切权力属于人民, 广大人民充分享有民主权利, 实行民主选举、民主决策、民主管理、民主监督。

(2) 法制完备。依法治国, 建设社会主义法治国家的基础和前提是完善中国特色社会主义法律体系。

(3) 树立宪法法律权威。依法治国的核心就是树立宪法法律权威, 坚持宪法法律至上。

<sup>①</sup> D。“依法治国, 建设社会主义法治国家”的基本方略是在 1997 年提出的。







(4) 权力制约。权力制约是依法治国的关键环节。依法治国关键在于依法制权；没有权力制约，依法治国也就无从谈起。

## 2. 执法为民是社会主义法治的本质特征

(1) 以人为本。以人为本就是以最广大人民群众的根本利益为本。执法工作中坚持以人为本，就是要尊重人的法律主体地位，坚持把人作为执法工作的最高价值取向。

(2) 保障人权。执法工作中尊重和保障个人人权，就是要尊重和保障执法当事人的合法权利，包括尊重和保障行政管理相对人的合法权利，尊重和保障犯罪嫌疑人、被告人、罪犯的合法权利，尊重和保障被害人的合法权利等。

(3) 文明执法。文明执法是指执法机关和执法人员以社会主义法治理念为指导，以社会主义道德规范为依据，以文明的方式去执行法律，以高度的热情服务社会，以积极向上的精神风貌影响社会而体现出的执法文明进步状态。

## 3. 公平正义是社会主义法治建设的根本目标和价值追求

(1) 法律面前人人平等。法律面前人人平等，是我国宪法明确规定的社会主义法治的基本原则，是公平正义的首要内涵，也是实现公平正义的方式、载体和支撑。

(2) 合法合理。合法合理，是公平正义的内在要求。合法就是合乎宪法和法律规定，它是任何组织或个人行为获得支持的依据；合理就是合乎理性，符合事物的内在规律，它是任何组织或个人行为让人尊重和信服的基础。

(3) 程序正当。程序正当，是指立法、执法、司法机关的活动必须严格遵守法定程序的规定，保障法律制定的科学性，保证案件及时正确处理，确保公开、公平、公正、民主、效率、人权保障、权力制约与监督等价值目标得以实现。

(4) 及时高效。及时高效，要求以公平正义为前提和基础，以最短的时间、最小的成本投入，最低的资源消耗实现最大程度的公平正义。

## 4. 服务大局是社会主义法治的重要使命

(1) 把握大局。正确认识大局，牢牢把握大局，是服务大局的首要前提。大局具有根本性、统领性、历史性和层次性，深刻认识大局的特征，才能正确认识和把握大局。

(2) 围绕大局。围绕大局，就是要坚持决策部署以大局为目标方向，执行落实以大局为行为准则，工作成效以服务大局为检验标准，全面保障服务社会主义经济建设、政治建设、文化建设与社会建设。

(3) 立足本职。社会主义法治服务大局的要求，落实到部门、单位和个人，就是要立足本职，切实履行好岗位职责，发挥好职能作用。

## 5. 党的领导是社会主义法治的根本保证

(1) 党对社会主义法治的思想领导。坚持党对社会主义法治的思想领导，就是要坚持马克思主义在法治意识形态领域的指导地位。

(2) 党对社会主义法治的政治领导。党的政治领导主要是政治原则、政治方向、重大决策的领导，核心是路线、方针和政策的领导。

(3) 党对社会主义法治的组织领导。党的组织领导，主要就是通过推荐重要干部，充分发挥党组织的作用，推动党的路线、方针、政策的贯彻落实。

### 考点解析

关于社会主义法治理念的基本内涵，特别强调下面三点：





1. 关于依法治国，其中谈到“法制完备”，这里的法制完备有两层含义：法制完备首先是指形式意义上的完备，即法律制度的类别齐全、规范系统、内在统一；实质意义上的完备则指法律制度适应社会发展的需要，满足社会发展的客观要求，同时符合公平正义的价值要求。

2. 关于公平正义。公平正义是社会主义法治建设的根本目标和价值追求。公平正义是立法、执法和司法工作的生命线。立法是公平正义的起点，司法是公平正义的最后一道防线。公平正义是社会主义和谐社会的基本特征。社会主义和谐社会是民主法治、公平正义、诚信友爱、充满活力、安定有序、人与自然和谐相处的社会。

3. 关于服务大局。服务大局是社会主义法治的重要使命。现阶段，党和国家根本利益就是社会主义经济建设、政治建设、文化建设、社会建设“四位一体”的中国特色社会主义事业。服务中国特色社会主义事业，是我国社会主义法律的本质要求和功能体现。

服务大局不是一个空洞抽象的概念，而应是具体行为的表现。社会主义法治服务大局的要求，落实到部门、单位和个人，就是要立足本职，切实履行好岗位职责，发挥好职能作用。要正确处理好法律效果、社会效果和政治效果之间的关系，坚持宪法法律至上、党的事业至上、人民利益至上的有机统一，坚持法律效果、社会效果、政治效果的内在一致性。具体执法活动中，法律效果是首要的基本标准，社会效果、政治效果是最终的根本标准。同时，也要防止和反对只讲社会效果、政治效果而不讲法律效果，甚至执法违法，损害法治原则和权威，以牺牲法治为代价追求所谓的“政治和社会效果”。

### 真题演练

#### 1. (2008-4-1) 简答题

材料：据新华社4月13日电：2006年4月，中共中央提出树立社会主义法治理念。这是以胡锦涛同志为总书记的党中央，从社会主义现代化建设事业全局出发，坚持以马克思主义法学理论为指导，在认真总结我国法治建设实践经验，借鉴世界法治文明成果的基础上，作出的一项重大决策。标志着我们党对建设中国特色社会主义法治国家的规律、中国共产党执政规律有了更加深刻的认识和把握。其基本内涵可以概括为依法治国、执政为民、公平正义、服务大局、党的领导五个方面。

《法制日报》2008年2月1日报道：2007年岁末，中共中央总书记胡锦涛在同全国政法工作会议代表、全国大法官、大检察官座谈时指出，要始终坚持党的事业至上、人民利益至上、宪法法律至上。这“三个至上”所蕴涵的精神，不仅体现了执政党以人为本、执政为民、全心全意为人民服务的基本理念，也体现了社会主义法治理念的深刻内涵，体现了建设社会主义法治国家必须坚持党的领导、人民当家做主、依法治国三者之间的有机统一。

问题：请根据以上材料，从法与政治和法的作用的角度简答对社会主义法治理念的认识。

答题要求：观点正确，表述完整、准确；不少于400字。

参考答案：

(1) 法和政治之间具有非常密切的关系。

法离不开政治，政治也离不开法。因此，在社会主义法治理念中，一方面要强调党的领导，执法为民，强调党的事业至上、人民利益至上，强调服务大局；另一方面，社会主



义法治理念中又必须包含依法治国、公平正义的含义和价值，必须强调宪法法律至上。

这体现了建设社会主义法治国家必须坚持党的领导、人民当家做主、依法治国三者之间的有机统一；从法和政治的角度看，实际上是社会主义法治理念中的政治性、人民性和法律性的统一。

(2) 法的作用泛指法对社会产生的影响。

法不仅具有规范作用也具有社会作用，其社会作用是由法的本质和目的所决定，社会主义的法是以工人阶级为领导的广大人民的共同意志和根本利益的体现，具有维护社会秩序、推动社会进步的作用。

这种作用的实现，离不开社会主义法治理念的五个方面，即依法治国、执政为民、公平正义、服务大局和党的领导。进一步说，社会主义法治理念对社会主义法的作用的发挥与实现具有重要意义。

## 2. (2009-4-1) 简答题

**材料：**1840年鸦片战争前，以自然经济为基础的中国农业社会是封闭保守的。鸦片战争后，中国的封建法律面临挑战。清朝统治者迫于内外压力，于20世纪初下诏修律，以收回领事裁判权为契机，法的现代化从制度层面上在中国正式启动。

新中国成立60年来，伴随着社会主义革命和建设的伟大进程，中国法的现代化以社会主义的民主法制为建设目标，历经曲折考验，取得巨大成就。特别是改革开放30年来，社会主义的法治思想和观念在建设中国特色社会主义的伟大实践中总结凝练开拓创新，与时俱进地指引中国法治现代化建设不断发展并推向深入，形成了以“三个至上”重要观点为精神实质和根本原则的社会主义法治理念。

**问题：**请结合中国法治现代化发展进程，简答对社会主义法治理念和“三个至上”重要观点的认识。

**答题要求：**

- (1) 观点正确，表述完整、准确；
- (2) 不少于400字。

**参考答案：**

- (1) 当代中国法治现代化发展进程（法的现代化、中国法的现代化、中国法治现代化）；
- (2) 中国法治现代化具有复杂性和长期性；
- (3) 改革开放继续向前推进的关键历史时期，党中央审时度势，明确提出社会主义法治理念和“三个至上”重要观点，为社会主义初级阶段的社会主义现代化建设提供了理论指引和思想基础，是指导我国建设法治国家的思想观念体系，为社会主义民主法治指明了政治方向、明确了历史使命、提供了科学方法，具有重大的现实意义，必将产生深远的历史影响。

## 考点三 社会主义法治理念的基本要求

### 法学理论

#### 1. 健全完善立法

- (1) 科学立法。科学立法必须贯彻落实科学发展观，立足我国国情，遵循客观规律，

科学合理地规定权利、义务、权力与责任，健全立法程序。

(2) 民主立法。民主立法要求在立法过程中坚持群众路线，体现人民的意志和要求，确认和保障人民的利益。坚持民主立法，既要体现立法内容的民主，又要体现立法程序的民主。坚持民主立法，必须坚持立法为民，增强立法主体自身的民主性，扩大公众参与立法。

(3) 法制统一。从立法层面坚持法制统一原则，包括三层含义：一是一切法律法规都不得与宪法相抵触；二是下位阶的法不能与上位阶的法相抵触；三是相同位阶的法相互之间不能抵触。

(4) 体系完备。要完善中国特色社会主义法律体系，继续制定和完善起支架作用的法律，更多地修改、完善法律和制定配套法规，适时进行法律清理和法典编纂。

## 2. 坚持依法行政

(1) 行政要合法。行政要合法亦即依法行政，是指行政机关实施行政管理，应当依照法律、法规、规章的规定进行；没有法律、法规、规章的规定，行政机关不得作出影响公民、法人和其他组织合法权益或者增加公民、法人和其他组织义务的决定；行政机关的行政管理行为，应当符合法律的原则和精神。

(2) 行政要合理。行政要合理亦即合理行政，是指行政机关实施行政管理，应当遵循公平、公正的原则，平等对待行政管理相对人，不偏私、不歧视；行使行政自由裁量权应当符合法律目的，排除不相关因素的干扰；所采取的措施和手段应当必要、适当；行政机关实施行政管理可以采用多种方式实现行政目的的，应当避免采用损害当事人权益的方式。

(3) 行政要高效便民。行政要高效便民，是指行政机关实施行政管理，应当遵守法定时限，积极履行法定职责，提高办事效率，提供优质服务，最大限度地为公民、法人和其他组织提供方便。

(4) 权责要统一。权责要统一，是指行政机关拥有的职权应与其承担的职责相适应，拥有多大的权力就应当承担多大的责任，不应当有无责任的权力，也不应当有无权力的责任，并且行政机关在违法或不当行使职权时，应当依法承担法律责任。

(5) 政务要公开。政务要公开，是指政府机关为了切实保障人民群众的知情权、参与权、表达权、监督权，在行政管理过程中，通过一定的形式，依法将政务信息、行政事项、工作内容等主动及时地向社会公众公开，以便于人民群众的知晓和监督。

(6) 依法行政能力和职业道德水平要不断提高。公务人员依法行政能力和职业道德是指公务人员依据依法行政的原则和观念，按照法定职责和权限实施行政行为并承担相应行政责任的能力水平和职业道德素养。

## 3. 严格公正司法

(1) 切实维护司法公正。司法公正是司法工作的灵魂，是依法治国的重要标志。司法人员必须自觉用司法公正理念指导司法工作，维护实体公正、程序公正，做到法律效果、政治效果和社会效果相统一。

(2) 不断提高司法效率。公正与效率都是人民群众最关心、最直接、最现实的利益问题。司法机关必须不断提高司法效率，努力实现司法公正，正确处理公正与效率的关系。

(3) 努力树立司法权威。司法公正、司法效率和司法权威是相互作用的统一体，没有司法权威就很难实现司法公正和司法效率。



(4) 充分发扬司法民主。司法民主主要指在司法活动中体现和保障人民当家做主的权利。

#### 4. 其他基本要求

(1) 加强制约监督。实现对权力的有效制约与监督，是我国政治体制改革的重要内容，也是发展社会主义民主政治的必然要求。

(2) 自觉诚信守法。自觉守法是实现依法治国的重要保证，也是现代法治国家的重要标志。必须在全社会培育现代公民意识，提高全民法律素质，使人们形成发自内心的对法律的信仰和崇敬，并把法律内化为行为准则，做到自觉诚信守法，严格依法办事。

(3) 繁荣法学事业。法学研究和法学教育是为社会主义法治建设提供理论支撑和人才支持的重要阵地，事关我国法治建设的兴衰成败。

(4) 实施正确领导。社会主义法治理念的贯彻和落实，关键在于党的领导。

#### 考点解析

这个考点不是特别重要，这里补充一点：关于严格公正司法中的“充分发扬司法民主”。

司法民主主要指在司法活动中体现和保障人民当家做主的权利。司法民主包括司法主体民主、司法程序民主和司法目的民主三个方面。司法主体民主又体现为两个方面：一是人民直接参与司法，例如陪审员制度和检察机关的人民监督员制度；二是司法人员通过人民代表大会制度产生。司法程序民主的核心内容是司法公开制度。司法目的民主的表现为司法为民，司法权是人民给的，司法工作就必须为人民服务。



## 第二章 法 制 史



### 导 论

了解历史可以让人明智，因为历史的意义并不仅仅在于让人了解过去，而是在于让人更好的把握今天和创造明天。作为法律职业者，也需要了解法律的过去，了解我们这个职业的历史，了解支撑这份职业的法律制度的历史。

在司法考试中，法制史是相对比较简单的一个学科，原因包括：①法制史在整体试卷中的分值比较小，一般是 10 分左右；②法制史的内容比较简单，主要考核对历史知识的记忆，既没有民法、刑法中的复杂案例，也没有法理学中对抽象原理的运用，因此得分比较容易。但是，由于法制史涉及的朝代众多、地域宽广，其知识点显得相当分散和零乱，对于考生来说要掌握它并非是一件轻而易举的事。所以，本讲义采取了一种特别的方式，即把教材的体系完全打破，改用一种串珍珠式的方式，把不同时代的同一类问题放到一起来比较，在比较中去记住重要考点，在比较中去把握法制发展的历史脉络。

另外，对于一些不很重要不是常考的内容，本讲义坚决将其抛弃，以免增加考生的复习负担。对于法制史复习，要讲究“舍得”的理念，有所舍弃，才能有所获取。

## 第六讲 中国古代立法与法典

**【本讲概要】** 关于中国历代法制思想，主要涉及三处：西周法制思想、宋代法制思想和明代法制思想；关于中国历代变法活动及其代表性法典，比较重要的是商鞅变法和清末修律；关于法典体例，应特别注意《法经》、《魏律》、《晋律》、《北齐律》和《大明律》。

### 考点一 中国历代法制思想

#### 法学理论

##### 1. 西周法制思想

- (1) 内容：“以德配天，明德慎罚”、“出礼入刑”和“礼不下庶人，刑不上大夫”。
- (2) 影响：是儒家“德主刑辅”思想的渊源，为传统法制奠定了理论基础。

##### 2. 宋代法制思想

- (1) 代表人物：朱熹。
- (2) 内容：“明刑弼教”，提高了礼、刑关系中刑的地位，礼法二者对治国同等重要，不可偏废。
- (3) 影响：为朱元璋推行重典治国政策提供思想理论依据，对明清两代法律实施的方法、发展方向和发挥的社会作用产生了深刻影响。

##### 3. 明代法制思想

- (1) “重典治世”、“重其所重，轻其所轻”（对于贼盗及有关钱粮等事，不分情节，一律处以重刑且扩大株连范围；对于“典礼及风俗教化”等一般性犯罪，从轻处罚）。
- (2) 深刻影响了明代的法律制度。

#### 考点解析

1. 西周的“以德配天，明德慎罚”思想，其中“德”的内容包括敬天、敬祖、保民三个方面。西周的“出礼入刑”和“礼不下庶人，刑不上大夫”的思想，其中的“礼”一方面是以“亲亲”、“尊尊”为内容的精神原则（“亲亲”即要求在家族范围内，按自己身份行事，不能以下凌上，以疏压亲，“亲亲父为首”，全体亲族成员都应以父家长为中心；“尊尊”即要在社会范围内，尊敬一切应该尊敬的人，君臣、上下、贵贱都应恪守名分，“尊尊君为首”，一切臣民都应以君主为中心）；另一方面也是以吉礼、凶礼、军礼、宾礼、嘉礼为内容的礼仪形式。

2. 宋以前论及“明刑弼教”，多将其附于“德主刑辅”之后，其着眼点仍是“大德小刑”和“先教后刑”。宋代以降，在处理德、刑关系上始有突破。著名理学家朱熹首先对





“明刑弼教”作了新的阐释。他有意提高了礼、刑关系中刑的地位，认为礼法二者对治国同等重要，“不可偏废”。又从“礼法合一”角度对“明刑弼教”进一步说明：“故圣人之治，为之教以明之，为之刑以弼之，虽其所施或先或后或缓或急。”与前代儒家学说不同的是，他强调刑与教的实施可“或先或后”，“或缓或急”。经此一说，刑与德的关系不再是“德主刑辅”中的“从属”、“主次”关系，德对刑不再有制约作用，而只是刑罚的目的，刑罚也不必拘泥于“先教后刑”的框框，而可以“先刑后教”行事。这看来小小的变通之义，却意味着中国封建法制指导原则沿着德主刑辅——礼法合一——明刑弼教的发展轨道，进入到了一个新的阶段，并对明清两代法律实施的方法、发展方向和发挥的社会作用产生了深刻影响。在我国古代法律史上，一般说来，倡导“德主刑辅”，本意是注重道德教化，限制苛刑，所以它往往是同轻刑主张相联系的。而经朱熹阐发，朱元璋身体力行于后世的“明刑弼教”思想，则完全是借“弼教”之口实，为推行重典治国政策提供思想理论依据。

### 真题演练

(2005-1-63)<sup>①</sup> 下列关于中国古代法制思想和法律制度的说法，哪些是正确的？

- A. “礼法结合”为中国古代法制的基本特征
- B. 夏商时代的法律制度明显受到神权观念的影响
- C. 西周的“以德配天、明德慎罚”思想到汉代中期以后被儒家发挥成为“德主刑辅、礼刑并用”的策略
- D. 清末修律使中华法系“依伦理而轻重其刑”的特点没有受到冲击

## 考点二 中国法制史上的重大变法事件

### 法学理论

#### （一）秦代的商鞅变法

1. 主持人：法家人物商鞅。
2. 主要内容：改法为律，扩充法律内容，强调法律规范的普遍性。
  - （1）颁布系列法令：奖励耕织、鼓励发展小农经济、奖励军功。
  - （2）用法律手段剥夺旧贵族的特权：废除世卿世禄制度，实行按军功授爵；取消分封制，实行郡县制，剥夺旧贵族对地方政权的垄断权，强化中央对地方的全面控制。
  - （3）全面贯彻法家“以法治国”和“明法重刑”的主张：以法治国、轻罪重刑、不赦不宥、鼓励告奸、实行连坐。
3. 历史影响：一次深刻的社会改革，为秦的统一奠定基础。

#### （二）汉代的文、景刑制改革

1. 主持人：西汉文帝、景帝。
2. 主要内容：缇萦上书，文帝、景帝在法律上废除了肉刑，规定了笞杖尺寸。

<sup>①</sup> ABC。清末修律使中华法系“依伦理而轻重其刑”的特点受到冲击，传统法制开始衰落。



3. 历史意义：为结束奴隶制肉刑制度，建立封建刑罚制度奠定了基础。

### （三）清末修律

1. 主持人：以沈家本为代表。

2. 主要内容：

（1）指导思想：仿效西方法律形式，固守中国封建法统。

（2）《钦定宪法大纲》和《重大信条十九条》。

（3）地方谘议局和中央资政院的设立。

（4）《大清现行刑律》（正式颁行）和《大清新刑律》（公布未施行）的出台。

（5）《大清商律草案》与《大清民律草案》（未公布未施行）。

（6）《大清民律草案》。

3. 历史影响：

（1）标志着中华法系开始解体；

（2）为中国法律现代化奠定了初步基础；

（3）在一定程度上引进和传播了西方近现代的法律学说和法律制度，是中国第一次全面系统学习西方法律；

（4）客观上有助于推动中国资本主义经济发展及教育制度的近代化。

### 考点解析

清末修律是这里比较重要的考点，因此这里有几点需要详述：

1. 清末变法修律是鸦片战争以后，在内外各种压力之下，于20世纪初对原有法律制度进行的不同程度的改革。其主要特点：①在指导思想上自始至终贯穿“仿效外国资本主义法律形式，固守中国封建法制传统”的方针；②在内容上表现出封建专制主义传统与西方资本主义法学最新成果的奇怪混合：奉行君主专制体制及封建伦理纲常，同时又大量引用西方法律理论、原则、制度和法律术语；③在法典形式上，改变“诸法合体”形式，明确实体法、程序法之间的差别，形成了近代法律体系的雏形；④即不能反映人民群众的要求和愿望，也没有真正的民主形式。

2. 清末修律的主要内容表现在立法方面：①《大清现行刑律》和《大清新刑律》。《大清现行刑律》是在《大清律例》的基础上稍加修改，作为《大清新刑律》完成前的过渡性法典。《大清新刑律》是第一部近代意义上的专门刑法典，结构上分总则、分则两篇，仍保持着维护专制制度和封建伦理的传统。②《大清商律草案》与《大清民律草案》。③《大清民律草案》，由沈家本、伍廷芳、俞廉三主持修订，结构为总则、债、物权、亲属、继承五编；其编辑之旨为：注重世界最普通之法则；原本后出最精确之法理；求最适于中国民情之法则；期于改进上最有利益之法则。④诉讼法律与法院编制法。具体包括：《大清刑事诉讼律案》六编与《大清民事诉讼律案》四编、《大理院编制法》、《各级审判厅试办章程》、《法院编制法》。

### 真题演练

1. (2005-1-17)<sup>①</sup> 汉代曾发生这样一件事情：齐太仓令获罪当处墨刑，其女缇萦上书请求将自己没为官奴，替父赎罪。这一事件导致了下列哪一项法律制度改革？

<sup>①</sup> B. 缇萦上书请求将自己没为官奴，替父赎罪，这一事件导致了汉文帝废除肉刑。



- A. 汉高祖规定“上请”制度  
B. 汉文帝废除肉刑  
C. 汉文帝确立“官当”制度  
D. 汉景帝规定“八议”制度

2. (2007-1-8)<sup>①</sup> 关于公元前 359 年商鞅在秦国变法, 下列哪一选项是正确的?

- A. 商鞅取消郡县制, 实行分封制, 剥夺了旧贵族对地方政权的垄断权  
B. 商鞅“改法为律”, 突出了法律规范的伦理基础  
C. 商鞅推行“连坐”制度, 鼓励臣民相互告发奸谋  
D. 商鞅提出“轻罪重刑”, 反对赦免罪犯, 认为凡有罪者皆应受罚

3. (2008-1-10)<sup>②</sup> 郑国执政子产于公元前 536 年“铸刑书”, 这是中国历史上第一次公布成文法的活动。对此, 晋国大夫叔向曾写信痛斥子产: “昔先王议事以制, 不为刑辟, 惧民之有争心也……民知有辟, 则不忌于上, 并有争心, 以征于书, 而徼幸以成之, 弗可为矣。”关于“不为刑辟”的含义, 下列哪一选项是正确的?

- A. 不制定法律  
B. 不规定刑罚种类  
C. 不需要判例法  
D. 不公布成文法

4. (2009-1-57)<sup>③</sup> 关于中国法律制度发展和演进, 下列哪些表述是正确的?

- A. 商鞅“改法为律”扩充了法律内容, 强调了法律规范的普遍性  
B. 汉武帝顺应历史发展废除肉刑进行刑制改革, 为建立封建刑罚制度奠定了重要基础  
C. 三国两晋南北朝时期更广泛、更直接地把儒家的伦理规范上升为法律规范, 使礼、法更大程度上实现融合  
D. 清末变法修律基本上是仿效外国资本主义的法律形式, 固守中国的封建法制传统

### 考点三 中国法制史上的法典形式变迁

#### 法学理论

##### (一)《法经》

1. 制定者: 战国时期魏国李悝。

2. 体例结构:

- (1)《盗法》和《贼法》列于法典之首, 是关于主要犯罪与刑罚的规定;  
(2)《网法》和《捕法》是关于诉讼的规定;  
(3)《杂法》“六禁”是其他犯罪与刑罚的规定;  
(4)《具法》是定罪量刑的原则, 属于总则规定, 列末尾。

3. 历史地位: 中国历史上第一部比较系统的封建成文法典, 是战国时期封建立法的典型代表和全面总结; 其体例和内容 of 后世封建成文法典的进一步完善奠定了基础。

① D. 商鞅变法涉及许多方面: 取消分封制, 实行郡县制, 剥夺了旧贵族对地方政权的垄断权; “改法为律”, 强调法律规范的普遍性; 商鞅推行“连坐”制度, 指邻里之间相互有告奸、举盗的责任, 如有犯罪则实行连坐, 因此, 连坐的内容和鼓励臣民相互告发奸谋还不太一样; 提出“轻罪重刑”, 加大处罚力度, 反对赦免罪犯, 认为凡有罪者皆应受罚。

② D. 根据上下文可知, “不为刑辟”就是不公布成文法。

③ ACD. 汉代废除肉刑的不是武帝而是文帝和景帝, 其他选项均正确。





## （二）《魏律》（又叫《曹魏律》）

1. 制定者：魏明帝。
2. 体例结构：将“具律”改为“刑名”置于律首，调整了法典的结构与内容，共 18 篇。
3. 历史地位：使中国封建法典在系统性和科学性上更进一步。

## （三）《晋律》（又叫《泰始律》）

1. 制定者：晋武帝。
2. 体例结构：精减法律条文，共 20 篇；在刑名律后增加法例律，丰富了总则的内容；对刑律分则部分重新编排。

## （四）《北齐律》

1. 体例结构：将刑名与法例律合为名例律一篇，充实了刑法总则；精炼了刑法分则，使其成为 11 篇。
2. 历史地位：在中国封建法律史上起着承先启后的作用，对封建后世的立法影响深远。

## （五）宋代的法律

1. 《宋刑统》：历史上第一部刊印颁行的法典，全称《宋建隆详定刑统》，简称《宋刑统》。
2. 编敕：宋代的敕是指皇帝对特定的人或事所作的命令。敕的效力往往高于律，成为断案的依据。依宋代成法，皇帝的这种临时命令须经过中书省“制论”和门下省“封驳”，才被赋予通行全国的“敕”的法律效力。

## （六）《大明律》

1. 制定者：朱元璋。
2. 体例结构：一改传统刑律体例，改为名例、吏、户、礼、兵、刑、工七篇格局。
2. 历史地位：其律文简于唐律，精神严于宋律，为明朝通行始终的封建大法。

## （七）《大清现行刑律》

1. 体例结构：改律名为刑律，取消了六律总目，将法条按性质分 30 门。
2. 历史地位：是一部过渡性法典。

## （八）《大清新刑律》

1. 体例结构：分总则和分则两篇，后附《暂行章程》5 条。
2. 历史地位：中国历史上第一部近代意义上的专门刑法典，但保持着旧律维护专制制度和封建伦理的传统。

### 考点解析

对于封建法典中比较重要的法典，这里补充说明如下：

1. 《法经》是中国历史上第一部比较系统的封建成文法典，由战国时期魏国李悝在总结春秋以来各国公布成文法经验的基础上制定。其体系共六篇：《盗法》，《贼法》，《网法》，《捕法》，《杂法》，《具法》。其中，《盗法》、《贼法》属于惩罚危害国家安全、危害他人及侵犯产的法律规定，“王者之政莫急于盗贼”，所以将此两篇列为法典之首；《网法》（又称

《囚法》)是关于囚禁和审判罪犯的法律规定;《捕法》是关于追捕盗贼及其他犯罪者的法律规定;《杂法》是关于“盗贼”以外的其他犯罪与刑罚的规定,主要规定了“六禁”,即淫禁、狡禁、嬉禁、金禁等;《具法》是关于定罪量刑中从轻从重法原则的规定,起着“具其加减”的作用,相当于近代刑法典中的总则部分。《法经》是战国时期政治变革的重要成果 and 封建立法的典型代表和全面总结;为后世封建成文法典的进一步完善奠定了重要的基础;从体例上看,《法经》六篇为秦汉直接继承,成为秦汉律的主要篇目,魏晋以后在此基础上进一步发展,最终形成了以《名例》为统率,以各篇为分则的完善的法典体例。

2. 西晋泰始三年,晋武帝诏颁《晋律》,又称《泰始律》,对汉魏法律继续改革:精减法律条文,形成20篇602条的格局;在刑名律后增加法例律,丰富了刑法总则的内容;对刑律分则部分重新编排,向着“刑宽”、“禁简”的方向迈进了一大步。在《晋律》颁布的同时,律学家张斐、杜预为之作注,总结了历代刑法理论与刑事立法经验,经晋武帝批准颁行,与《晋律》具有同等法律效力。故《晋律》亦称“张杜律”。

3. 《北齐律》全面总结历代立法经验,历经十余年修成,共12篇。它将刑名与法例律合为名例律一篇,充实了刑法总则;精炼了刑法分则,使其成为11篇,包括禁卫、户婚、擅兴、违制、诈伪、斗讼、贼盗、捕断、毁损、厩牧、杂律;《北齐律》在中国封建法律史上起着承先启后的作用,对封建后世的立法影响深远。

## 真题演练

1. (2003-1-6)<sup>①</sup>《法经》在中国法律制度史上具有重要的地位。下列有关《法经》的表述哪一项是不准确的?

- A. 《法经》为李悝所制定
- B. 《盗法》、《贼法》两篇列为《法经》之首,体现了“王者之政莫急于盗贼”的思想
- C. 《法经》的篇目为秦汉律及以后封建法律所继承并不断发展
- D. 《法经》系中国历史上第一部成文法典

2. (2004-1-60)<sup>②</sup> 魏晋南北朝时期法律发生了许多发展变化,对后世法律具有重要影响。下列哪些表述正确揭示了这些发展变化?

- A. 《北齐律》共12篇,首先将刑名与法例律合为名例律一篇
- B. 《魏律》以《周礼》“八辟”为依据,正式规定了“八议”制度
- C. 《北周律》首次规定了“重罪十条”
- D. 《北魏律》与《陈律》正式确立了“官当”制度

3. (2008-1-9)<sup>③</sup> 关于中国古代社会几部法典的结构体例,下列哪一选项是错误的?

- A. 《法经》中相当于近代刑法典总则部分的“具法”被置于六篇中的最后一篇
- B. 《魏律》对秦汉旧律有较大改革,如将“具律”改为“刑名”,并将其置于律首
- C. 《晋律》将刑名与法例律合为“名例律”一篇,并将法典篇章数定为二十篇
- D. 《永徽律疏》将疏议分附于律文之后颁行,分为十二篇三十卷

① D.《法经》系中国历史上第一部比较系统的封建成文法典。

② ABD.《北齐律》首次规定了“重罪十条”。

③ C.《晋律》在刑名律后增加法例律,《北齐律》将刑名与法例律合为“名例律”一篇。





4. (2009 - 1 - 14)<sup>①</sup> 关于宋代法律和法制，下列哪一选项是错误的？
- A. 《宋刑统》为我国历史上第一部刊印颁行的法典
  - B. 宋代法律因袭唐制，对借与贷作了区分
  - C. 宋仁宗朝敕、例地位提高，“凡律所不载者，一断于敕、例”
  - D. 宋建隆四年颁行“折杖法”

---

<sup>①</sup> C。宋代的法律形式最大的特点是“敕”和“律”的关系，宋仁宗的时候，是敕律并存，在宋神宗时，是敕高于律，故 C 项是错误的。



## 第七讲 中国古代的刑法与民法

**【本讲概要】** 刑法是中国古代法律的根本和主体，这里主要介绍秦代、唐代、宋代、明代等比较有影响的刑法制度；古代中国民法的内容比较简单，主要包括契约、婚姻和继承等问题，涉及的朝代包括西周、宋代等。

### 考点一 中国历代刑法

#### 法学理论

##### （一）秦代的刑法

###### 1. 秦代的罪名

- (1) 危害皇权罪：谋反；
- (2) 侵犯财产和人身罪：共盗、群盗；
- (3) 侵犯人身罪：贼杀、伤人；
- (4) 渎职罪：“见知不举”罪、“不直”罪、“纵囚”罪、“失刑”罪；
- (5) 妨害社会管理罪：“逋事”与“乏徭”。

###### 2. 秦代的刑罚

(1) 主刑：笞刑、徒刑（城旦舂，男犯筑城，女犯舂米；鬼薪、白粲，男犯祠祀鬼神伐薪，女犯为祠祀择米，但实际劳役也绝不止于为宗庙取薪择米；隶臣妾，即将罪犯及其家属罚为官奴婢，男为隶臣，女为隶妾，其刑轻于鬼薪、白粲；司寇，即伺寇，意为伺察寇盗，其刑轻于隶臣妾；侯，即发往边地充当斥侯，是秦代徒刑的最轻等级）、迁、谪、肉刑（黥或墨、劓、刖或斩趾、宫）、死刑（弃市、戮、磔、腰斩、车裂、枭首、族刑、具五刑）。

(2) 附加刑：羞辱刑（“髡”、“耐”、“完”）、经济刑（“赀”）、株连刑（“族”和“收”）

###### 3. 秦代的刑罚适用原则

(1) 刑事责任能力的规定：凡属未成年犯罪，不负刑事责任或减轻刑事处罚，以身高判定是否成年。

(2) 区分故意与过失的原则：故意诬告者，实行反坐，主观上没有故意的，按告不审从轻处理。

(3) 盗窃按赃值定罪的原则：依据不同等级的赃值，分别定罪。

(4) 共犯罪与集团犯罪加重处罚的原则：在处罚侵犯财产罪上共犯罪较个体犯罪处罚从重，集团（5人以上）较一般犯罪处罚从重。

(5) 累犯加重原则：本身已犯罪，再犯诬告他人罪，加重处罚，除耐为隶臣外，还要判处城旦苦役6年。





(6) 教唆犯罪加重处罚的原则：教唆未成年人犯罪者加重处罚。教唆未满 15 岁的人抢劫杀人，虽分赃仅为十文钱，教唆者也要处以碎尸刑。

(7) 自首减轻处罚的原则：凡携带所借公物外逃，主动自首者，不以盗窃论处，而以逃亡论处。如隶臣妾在服刑期间逃亡后又自首，只答五十，补足期限。若犯罪后能主动消除犯罪后果，可以减免处罚。

(8) 诬告反坐原则：故意捏造事实与罪名诬告他人，即构成诬告罪。诬告者实行反坐原则，即以被诬告人所受的处罚，反过来制裁诬告者。

## (二) 汉律的儒家化

1. 上请：通过请示皇帝给有罪贵族官僚某些优待。

(1) 汉高祖刘邦七年下诏：“郎中有罪耐以上，请之”；

(2) 宣帝、平帝相继规定上请制度，凡百石以上官吏、公侯及子孙犯罪，均可以享受“上请”优待。

(3) 东汉时“上请”适用面越来越宽，遂成为官贵的一项普遍特权，从徒刑二年到死刑都可以适用。

2. 恤刑：强调贯彻儒家矜老恤幼刑思想。

(1) 80 岁以上的老人，8 岁以下的幼童，以及怀孕未产妇女、老师、侏儒等，在有罪监禁期间，给予不戴刑具的优待；

(2) 老人幼童及连坐妇女，除犯大逆不道诏书指明追捕的犯罪外，一律不再拘捕监禁。

3. 亲亲得相首匿：汉宣帝时期确立，主张亲属间首谋藏匿犯罪可以不负刑事责任。

(1) 来源于儒家“父为子隐，子为父隐，直在其中”的理论，对卑幼亲属首匿尊长亲属的犯罪行为，不追究刑事责任。

(2) 尊长亲属首匿卑幼亲属，罪应处死的，可上请皇帝宽贷。

## (三) 三国两晋南北朝的刑律变化

1. 八议入律：始于《魏律》，包括议亲（皇帝亲戚）、议故（皇帝故旧）、议贤（有传统德行与影响的人）、议能（有大才能）、议功（有大功勋）、议贵（贵族官僚）、议勤（为朝廷勤劳服务）、议宾（前代皇室宗亲）。

2. “官当”制度：允许官吏以官职爵位折抵徒罪的特权制度，正式出现在《北魏律》与《陈律》中。

3. “重罪十条”：《北齐律》中首次规定的十种重罪的总称。

## (四) 唐代的刑法

1. 《唐律疏议》——礼法统一的典范

(1) 总结了汉魏晋以来立法和注律的经验，对主要的法律原则和制度作了精确的解释与说明，尽可能引用儒家经典作为律文的理论依据。

(2) 标志着中国古代立法达到了最高水平，全面体现了中国古代法律制度的水平、风格和基本特征，成为中华法系的代表性法典，对后世及周边国家产生了极为深远的影响。

(3) 是中国历史上迄今保存下来得最完整、最早、最具有社会影响的古代成文法典。

2. 十恶：隋唐以后历代法律中规定的严重危害统治阶级根本利益的常赦不宥的十种



最严重犯罪。

(1) 谋反：谓谋危社稷，指谋害皇帝危害国家的行为；

(2) 谋大逆：指图谋破坏国家宗庙、皇帝陵寝以及宫殿的行为；

(3) 谋叛：谓背国从伪，指背叛本朝、投奔敌国的行为；

(4) 恶逆：指殴打或谋杀祖父母、父母等尊亲属的行为。

(5) 不道：指杀一家非死罪三人及肢解人的行为。

(6) 大不敬：指盗窃皇帝祭祀物品或皇帝御用物、伪造或盗窃皇帝印玺、调配御药误违原方、御膳误犯食禁，以及指斥皇帝、无人臣之礼等损害皇帝尊严的行为。

(7) 不孝：指控告祖父母、父母，未经祖父母、父母同意私立门户、分异财产，对祖父母、父母供养有缺，为父母尊长服丧不如礼等不孝行为；

(8) 不睦：指谋杀或卖五服以内亲属，殴打或者控告丈夫、大功以上尊长等行为；

(9) 不义：指杀本管上司、授业师及夫丧违礼的行为；

(10) 内乱：指奸小功以上亲属等乱伦行为。

3. 六赃：六种非法获取公私财物的犯罪，具体包括以下罪名：

(1) “受财枉法”：指官吏收受财物，导致枉法裁判的行为；

(2) “受财不枉法”：指官吏收受财物，但是未枉法裁判行为；

(3) “受所监临”：指官吏利用职权非法收受所辖范围内百姓或下属财物的行为；

(4) “强盗”：暴力获取公私财物的行为；

(5) “窃盗”：以隐蔽的手段将公私财物据为己有的行为；

(6) “坐赃”：指官吏或常人非因职权之便非法授受财物的行为。

4. 保辜：即在被害人伤情未定的情况下，给予一定的观察治疗期限；待辜限期满后，再根据被害人的伤情，决定如何追究加害人的刑事责任。

5. 刑罚适用原则：

(1) 区分公、私罪的原则——公罪从轻，私罪从重；

(2) 自首与自新制度：唐代以犯罪未被举发而能到官府交待罪行的，叫做自首。但犯罪被揭发或被官府查知逃亡后，再投案者，唐代称作自新。

(3) 类推原则：《唐律疏议·名例》规定：“诸断罪而无正条，其应出罪者，则举重以明轻；其应入罪者，则举轻以明重。”即对律文无明文规定的同类案件，凡应减轻处罚的，则列举重罪处罚规定，比照以解决轻案；凡应加重处罚的，列举轻罪处罚规定，比照解决重案。

(4) 化外人原则：《唐律·名例律》规定：“诸化外人，同类自相犯者，各依本俗法；异类相犯者，以法律论。”

### （五）宋代的刑罚变化

1. 折杖法：除死刑外，其他笞杖徒流四刑均可折换为臀杖和脊杖。但对反逆、强盗等重罪不适用。

2. 配役：对罪行严重的流刑罪犯的处罚，主要是刺配，是黥刑的复活，对后世刑罚制度影响极坏，是刑罚制度上的一种倒退。

3. 凌迟：始于五代时的西辽，南宋正式作为法定死刑的一种。

国家司法考试  
理论法学与论述题写作



## （六）明代的罪名、刑罚与刑罚原则

### 1. 奸党罪与充军罪

- (1) “奸党”罪的创设：朱元璋洪武年间创设，用以惩办官吏结党危害皇权统治的犯罪。
- (2) 在流刑外增加充军刑，即强迫犯人到边远地区服苦役。

### 2. 从重从新与重其所重轻其所轻的原则

- (1) 实行刑罚从重从新原则。
- (2) “重其所重，轻其所轻”的原则：对于贼盗及有关钱粮等事，不分情节，一律处以重刑且扩大株连范围；对于“典礼及风俗教化”等一般性犯罪，从轻处罚。

### 考点解析

刑法是古代法律的核心，因此这一部分涉及的内容是中国法制史最重要的部分，其中最关键的是秦代刑法和唐代刑法。

1. 秦代主要的罪名包括：①谋反，是最严重的犯罪。②侵犯财产方面的犯罪主要是“盗”，被列为重罚，其中共盗指5人以上共同盗窃，而群盗则是指聚众反抗统治秩序，属于危害皇权的重大政治犯罪。③侵犯人身方面的犯罪主要是贼杀、伤人，这里的“贼”与今义不同，而是荀子和西晋张斐所说的“害良曰贼”、“无变斩击谓之贼”，即杀死、伤害好人，以及在未发生变故的正常情况下杀人、伤人。④司法官员的渎职罪主要有：“不直”罪和“纵囚”罪，前者指罪应重而故意轻判，应轻而故意重判；后者指应当论罪而故意不论罪，以及设法减轻案情，故意使案犯达不到定罪标准，从而判其无罪。“失刑”罪，指因过失而量刑不当（若系故意，则构成“不直”罪）。⑤妨害社会管理秩序罪方面主要涉及逃避徭役，包括“逋事”与“乏徭”，前者指已下达征发徭役命令而逃走不报到，后者指到达服徭役地点又逃走。

另外，秦代的刑罚比较复杂，共包括八大类：①笞刑：以竹、木板责打犯人背部的轻刑，针对轻微犯罪而设，或作为减刑后的刑罚。②徒刑，指剥夺罪犯人身自由，强制其服劳役，其类型包括：城旦舂，男犯筑城，女犯舂米；鬼薪、白粲，男犯祠祀鬼神伐薪，女犯为祠祀择米，但实际劳役也绝不止于为宗庙取薪择米；隶臣妾，将罪犯及其家属罚为官奴婢，男为隶臣，女为隶妾，其刑轻于鬼薪、白粲；司寇，即伺寇，意为伺察寇盗，其刑轻于隶臣妾；候，即发往边地充当斥候，是最轻等级。③流放刑，包括迁刑和谪刑，将犯人迁往边远地区的刑罚，其中谪刑适用于犯罪的官吏。④肉刑，包括黥（或墨）、劓、刖（或斩趾）、宫、舂四种残害肢体的刑罚，源于奴隶制时代，秦时沿用且十分广泛，大多与城旦舂等较重的徒刑使用。⑤死刑主要有：弃市，杀之于市，与众弃之；戮，先对犯人使用痛苦难堪的羞辱刑，然后斩杀；磔，裂其肢体而杀之；腰斩；车裂；阬，又作坑，即活埋；定杀，将患疾疫的罪人抛入水中或生理处死；枭首，处死后悬其首级于木上；族刑，夷三族或灭三族；具五刑，“当夷三族者，皆先黥、劓、斩左右趾，笞杀之，枭其首，菹其骨肉于市。其诽谤詈诅者，又先断舌，故谓之具五刑。”⑥羞辱刑，属于徒刑的附加刑，包括：“髡”，剃光犯人头发和胡须、鬓毛；“耐”与“完”，仅剃去胡须和鬓毛，而保留犯人的头发。⑦经济刑，叫“赀”，是对轻微罪适用的强制缴纳定财物的刑罚，包括：纯属罚金性质的“赀甲”、“赀盾”；“赀戍”，即发往边地作戍卒；“赀徭”，即罚服劳役。⑧株连刑，主要是族刑和“收”。收亦称收孥、籍家，就是在犯人判处某种刑罚时，还同时将其妻子，儿女等家属没收为官奴婢。

2. 唐代的刑法适用原则比较重要，具体包括：①区分公、私罪的原则，公罪从轻，私罪

从重。其中公罪是指在执行公务中，由于公务上的关系造成某些失误或差错，而不是为了追求私利而犯罪，处罚从轻。私罪包括两种：其一是所犯之罪与公事无关，如盗窃、强奸等；其二是利用职权，徇私枉法，如受人嘱托，枉法裁判等，虽因公事，也以私罪论处。②自首原则。严格区分自首与自新的界限：以犯罪未被举发而能到官府交代罪行的，叫做自首；犯罪被揭发或被官府查知逃亡后，再投案者，称作自新。谋反等重罪或造成严重后果危害无法挽回的犯罪不适用自首。规定自首者可以免罪，但赃物必须按法律规定如数偿还；自首不彻底的叫“自首不实”，对犯罪情节交代不彻底的叫“自首不尽”。③类推原则。《唐律疏议·名例》规定：“诸断罪而无正条，其应出罪者，则举重以明轻；其应入罪者，则举轻以明重。”所谓“入罪举轻以明重”，就是刑法没有明文规定的犯罪，可以进行轻重行为的比较，轻行为规定为犯罪，那么重行为即使法律没有明文规定也应该认定为犯罪；所谓“出罪举重以明轻”是指刑法对一个重行为都没有规定为犯罪，那么轻行为更不应作为犯罪处理。这使得一个行为在刑法没有规定为犯罪时，可以作为犯罪来处理，也使得一个行为在刑法规定没有规定为不是犯罪时，可以不作为犯罪来处理。④化外人原则。同国籍外国侨民在中国犯罪的，由唐王朝按其所属本国法律处理，实行属人主义原则，不同国籍侨民在中国犯罪者，按唐律处罚，实行属地主义原则。

3. 唐律与中华法系。唐律是中国传统法典的楷模与中华法系形成的标志，具有封建法律的典型性，对宋元明清产生了深刻影响。唐律对亚洲诸国产生了重大影响：朝鲜《高丽律》、日本的《大宝律令》、越南的《刑书》。唐律不仅在本国，而且在世界法制史上也占有重要地位。

秦、唐、宋、明主要罪名、刑罚及刑罚适用原则如下表所示。

时代	主要罪名	主要刑罚	刑法适用原则
秦代	(1) 危害皇权罪：谋反； (2) 侵犯财产和人身罪：盗、贼杀、伤人； (3) 渎职罪：见知不举、不直、纵囚、失刑； (4) 妨害社会管理秩序罪。 (5) 破坏婚姻家庭秩序罪。	(1) 笞刑； (2) 徒刑； (3) 流放刑； (4) 肉刑； (5) 死刑； (6) 羞辱刑； (7) 经济刑； (8) 株连刑	(1) 以身高确定刑事责任能力； (2) 区分故意和过失； (3) 盗窃按赃值定罪； (4) 共犯、集团犯罪、累犯、教唆犯加重处罚； (5) 自首减轻处罚； (6) 诬告反坐
唐律	十恶：谋反、谋大逆、谋叛、恶逆、不道、大不敬、不孝、不睦、不义、内乱	(1) 笞刑； (2) 杖刑； (3) 徒刑； (4) 流刑； (5) 死刑；	(1) 区分公罪和私罪； (2) 自首原则； (3) 可以类推定罪； (4) 化外人法律适用原则
宋代		(1) 折杖法：除死刑外，笞刑、杖刑；徒刑、流刑均可折算为臀杖和脊杖； (2) 配役：刺配； (3) 凌迟：始于西辽，宋时确立为法定刑	
明	增设“奸党罪”，惩办官吏结党危害皇权统治	在流刑外增加充军刑	(1) 实行刑罚从重从新原则； (2) “重其所重，轻其所轻”原则



1. (2003-1-38)<sup>①</sup>《唐律疏议》又称《永徽律疏》，是唐高宗永徽年间完成的一部极为重要的法典。下列关于《唐律疏议》的表述哪些是正确的？

- A. 《唐律疏议》是由张斐、杜预完成的法律注释
- B. 《唐律疏议》引用儒家经典作为律文的理论依据
- C. 《唐律疏议》奠定了中华法系的传统
- D. 《唐律疏议》对唐代的《武德律》等法典有很深的影响

2. (2004-1-59)<sup>②</sup>下列有关我国唐宋时期法制的表述哪些是正确的？

- A. 《永徽律疏》不仅是中华法系的代表性法典，也是中国封建法制的最高成就
- B. 《宋刑统》不仅是一部具有统括性和综合性的法典，也是中国历史上第一部刊印颁行的法典
- C. 自首、类推、化外人、区分公罪与私罪等原则都是唐律中重要的刑罚原则
- D. 唐代和宋代在中央司法机构的设置上是一致的，即在皇帝以下设置大理寺、刑部、御史台三大司法机构，分掌中央司法审判职权

3. (2005-1-15)<sup>③</sup>西汉末年，某地一男子偷盗他人一头牛并贩卖到外乡，回家后将此事告诉了妻子。其妻隐瞒未向官府举报。案发后，该男子受到惩处。依照汉代法律，其妻的行为应如何处理？

- A. 完全不负刑事责任
- B. 按包庇罪论处
- C. 与其丈夫同罪
- D. 按其丈夫之罪减一等处罚

4. (2005-1-64)<sup>④</sup>下列中国古代法律制度，哪些是直接受儒家思想的影响而形成的？

- A. 汉代的《春秋》决狱
- B. 明代的“九卿会审”
- C. 《魏律》规定的“八议”制度
- D. 《晋律》和《北齐律》确立的“准五服制罪”制度

5. (2006-1-15)<sup>⑤</sup>秦始皇时期，某地有甲乙两家相邻而居，但积怨甚深。有一天，该地发生了一起抢劫杀人案件，乙遂向官府告发系甲所为。甲遭逮捕并被定为死罪。不久案犯被捕获，始知甲无辜系被乙诬告。依据秦律，诬告者乙应获下列哪种刑罚？

- A. 死刑
- B. 迁刑
- C. 城旦、舂
- D. 笞一百

6. (2006-1-17)<sup>⑥</sup>唐朝开元年间，旅居长安的突某（来自甲国）将和某（来自乙国）殴打致死。根据唐律关于“化外人”犯罪适用法律的原则，下列哪一项是正确的？

① BC。《唐律疏议》是由唐高宗组织大臣完成的法律注释。《武德律》是唐代首部法典，早于《唐律疏议》。

② ABCD。

③ A。亲亲得相首匿，亲属间首谋藏匿犯罪可以不负刑事责任。

④ ACD。明代的“九卿会审”与儒家思想没有直接关联。

⑤ A。秦代实行诬告反坐原则：故意捏造事实与罪名诬告他人，即构成诬告罪。诬告者实行反坐原则，即以被诬告人所受的处罚，反过来制裁诬告者。

⑥ D。唐律规定：同国籍外国侨民在中国犯罪的，由唐王朝按其所属本国法律处理，实行属人主义原则，不同国籍侨民在中国犯罪者，按唐律处罚，实行属地主义原则。







A. 适用当时甲国的法律 B. 适用当时乙国的法律

C. 当时甲国或乙国的法律任选其一 D. 适用唐朝的法律

7. (2007-1-9)<sup>①</sup> 关于唐律中五刑, 下列哪一选项是正确的?

A. 笞刑、羞辱刑、流放刑、经济刑、死刑

B. 笞刑、徒刑、流放刑、株连刑、死刑

C. 笞刑、杖刑、徒刑、流刑、死刑

D. 杖刑、徒刑、流刑、肉刑、死刑

8. (2007-1-57)<sup>②</sup> 永徽四年(公元653年), 唐高宗李治的妹夫房遗爱谋反案发犯“十恶”罪。依《永徽律疏》的规定, 对房遗爱应作何处置?

A. 可适用“八议”免于死刑

B. 应被判处死刑

C. 可以赦免

D. 不适用自首

9. (2008-1-58)<sup>③</sup> 关于《永徽律疏》, 下列哪些选项是错误的?

A. 《永徽律疏》又称《唐律疏议》, 是唐太宗在位时制定的

B. 《永徽律疏》首次确立了“十恶”即“重罪十条”制度

C. 《永徽律疏》对主要的法律原则和制度做了精确的解释, 而且尽可能以儒家经典为根据

D. 《永徽律疏》是对《贞观律》的解释, 在中国立法史上的地位不如《贞观律》

10. (四川2008-1-58)<sup>④</sup> 关于《明大诰》, 下列哪些选项是正确的?

A. 《明大诰》是朱元璋在位时, 为防止“法外遗奸”而制定的

B. 《明大诰》强调“重典治吏”, 其中多数条文是专为惩治贪官污吏而定

C. 《明大诰》对《大明律》中原有的罪名, 一般都加重了处罚

D. 《明大诰》在当时家喻户晓, 是中国法制史上空前普及的法规

## 考点二 中国历代民法

### 法学理论

#### (一) 西周民法

##### 1. 婚姻制度

(1) 婚姻缔结的三大原则: 一夫一妻制、同姓不婚、父母之命。

(2) 婚姻“六礼”: 婚姻成立的必要条件, 纳采: 男家请媒人向女方提亲; 问名: 女方答应议婚后男方请媒人问女子名字、生辰等, 并卜于祖庙以定凶吉; 纳吉: 卜得吉兆后即与女家定婚; 纳征: 男方送聘礼至女家, 故又称纳币; 请期: 男方携礼物到女家商定婚期; 亲迎, 男方迎娶女子到家里。

(3) 婚姻关系的解除: “七出三不去”, 即不顺父母去、无子去、淫去、妒去、恶疾

① C. 唐律继承隋朝《开皇律》, 确立了五刑: 笞刑、杖刑、徒刑、流刑、死刑。

② BD. 唐律规定, 凡犯十恶者, 不适用八议, 不可赦免。也不能使用自首予以赦免。

③ ABD. 《永徽律疏》又称《唐律疏议》, 是唐高宗在位时完成的; 《永徽律疏》是在隋《开皇律》基础上确立了十恶制度; 《永徽律疏》是对《永徽律》的解释。

④ ABCD. 选项全部正确。

去、多言去、盗窃去。“三不去”是：有所娶而无所归，不去；与更三年丧，不去；前贫贱后富贵，不去。

## 2. 契约制度

(1) 买卖契约，称为“质剂”：“质”是买卖奴隶、牛马所使用的较长的契券，“剂”是买卖兵器、珍宝使用的较短契券。

(2) 借贷契约，称为“傅别”：“傅”，是把债的标的和双方的权利义务等写在契券上；“别”，是在简札中间写字，然后一分为二，双方各执一半。

## 3. 继承制度

嫡长子继承制，首先是身份继承，其次才是财产继承。

# (二) 宋代民法

## 1. 宋代的契约

(1) 买卖契约：分为绝卖、活卖和赊卖。绝买为一般买卖。活卖为附条件的买卖，所附条件完成，买卖才算最终成立。赊卖是指采取类似商业信用或者预付方式，后收取价金。

(2) 租赁契约：对房屋的租赁称为租赁或借，对人畜车马的租赁称为庸、雇。

(3) 借贷契约：借是使用借贷，贷是消费借贷。不付息的借贷称为负债，付息的消费借贷称为出举。

(4) 典卖契约：又叫“活卖”，即通过让渡物的使用权收取部分利益而保留回赎权的一种交易方式。

## 2. 婚姻制度

男十五、女十三可婚嫁；禁止五服内亲属结婚；离婚方面“七出三不去”，但是夫外出三年不归，六年不通问，准妻改嫁或离婚。

## 3. 继承制度

在室女、遗腹子、绝户继承的新规定。允许在室女享有部分继承权，承认遗腹子与亲生子享有同样继承权。绝户遗产继承。无男子继承，夫亡而妻在，立继从妻，称立继；夫妻俱亡，立继从尊长亲属，称为命继。继子与绝户之女均享有继承权，只有在室女的，在室女继承 $\frac{3}{4}$ ，继子继承 $\frac{1}{4}$ 。只有出嫁女的，出嫁女继承 $\frac{1}{3}$ ，继子继承 $\frac{1}{3}$ ，另外 $\frac{1}{3}$ 收为官府所有。

## 考点解析

### 1. 西周的契约制度

(1) 买卖契约。西周的买卖契约称为“质剂”。“质”、“剂”有别，其中“质”是买卖奴隶、牛马所使用的较长的契券，“剂”是买卖兵器，珍异等小件物品使用的较短契券；“质”、“剂”由官府制作，并由“质人”专门管理。

(2) 借贷契约。西周的借贷契约称为“傅别”，为了保证债的履行，要求当事人订立的契约。“傅”是把债的标的和双方的权利义务等写在契券上，“别”是在简札中间写字，然后一分为二，双方各执一半，札上的字为半文。

### 2. 西周的婚姻制度

(1) 婚姻缔结的三大原则：一夫一妻制、同姓不婚、父母之命、媒妁之言，凡不合此三者的婚姻即属非礼非法。在西周婚姻制度下，男子可以有妾有婢，但法定的妻子只能有





一个；只有正妻所生的子女为嫡系，其他皆为庶出，在家庭关系中处于比较低的地位。

(2) 婚姻“六礼”：纳采，即男家请媒人向女方提亲；问名，即女方答应议婚后男方请媒人问女子名字、生辰等，并卜于祖庙以定凶吉；纳吉，卜得吉兆后即与女家订婚；纳征，即男方送聘礼至女家，故又称纳币；请期，即男方携礼至女家商定婚期；亲迎，即婚期之日男方迎娶女子至家，婚姻最终成立。

(3) 婚姻关系的解除：“七出”，指女子若有下列七项情形之一的，丈夫或公婆即可休弃之：不顺父母去、无子去、淫去、妒去、恶疾去、多言去、盗窃去。其中：不顺父母（公婆）是“逆德”，无子是绝嗣不孝，淫是乱族，妒是乱家，有恶疾不能共祭祖先，口多言会离间亲属，盗窃则是反义。同时还规定夫家不能离异休妻的情形，即“三不去”：有所娶而无所归，不去；与更三年丧，不去；前贫贱后富贵，不去。

### 3. 宋代的契约制度

(1) 债的发生，强调双方的合意性，对强行签约违背当事人意愿的，要重蝇典究。同时维护家长的财产支配权，须是家主尊长对钱主或者钱主亲信人，当面署押契贴。

(2) 买卖契约分为绝卖、活卖和赊卖。绝买为一般买卖，活卖为附条件的买卖，所附条件完成，买卖才算最终成立。赊卖是指采取类似商业信用或者预付方式，后收取价金。这些重要的交易活动，必须订立书面的契约，取得官府的承认，才能视为合法有效。

(3) 租赁契约。对房屋的租赁称为租赁或借，对人畜车马的租赁称为庸、雇。

(4) 租佃契约。按收成比例或者定额租。佃农过期不交地租，地主可以于每年十月初一到正月三十向官府投诉，由官府代位所取。

(5) 典卖契约，称为活卖，即典当制度。

(6) 借贷契约。借是使用借贷、贷是消费借贷。不付息的使用借贷称为负债，付息的消费借贷称为出举。

### 4. 宋代的婚姻继承制度

(1) 婚姻法规：男十五，女十三可婚嫁。禁止五服以内亲属结婚，但是对姑舅两姨兄弟姐妹结婚不禁止。实行“七出”、“三不去”，但是夫外出三年不归，六年不通问，准妻改嫁或离婚。

(2) 允许在室女享有部分继承权，承认遗腹子与亲生子享有同样继承权。

(3) 绝户遗产继承。无男子继承，夫亡而妻在，立继从妻，称立继；夫妻俱亡，立继从尊长亲属，称为命继。继子与绝户之女均享有继承权，只有在室女的，在室女继承 $\frac{3}{4}$ ，继子继承 $\frac{1}{4}$ ；只有出嫁女的，出嫁女继承 $\frac{1}{3}$ ，继子继承 $\frac{1}{3}$ ，另外 $\frac{1}{3}$ 收为官府所有。

## 真题演练

1. (2003-1-39)<sup>①</sup> 中国南宋规定户绝指家无男子承继。按照南宋的继承制度，若出现户绝，立继承人的方式有哪些？

- A. “立继” B. “祖继”  
C. “嗣继” D. “命继”

2. (2004-1-15)<sup>②</sup> 下列哪一选项不属于我国西周婚姻制度中婚姻缔结的原则？

<sup>①</sup> AD. 无男子继承，夫亡而妻在，立继从妻，称立继；夫妻俱亡，立继从尊长亲属，称为命继。

<sup>②</sup> D. 西周婚姻缔结的三大原则：一夫一妻制、同姓不婚、父母之命、媒妁之言，凡不合此三者的婚姻即属非礼非法。



- A. 一夫一妻制                      B. 同姓不婚  
C. “父母之命，媒妁之言”      D. “七出”、“三不去”

3. (2007-1-10)<sup>①</sup> 关于中国古代婚姻家庭与继承法律制度，下列哪一选项是错误的？

A. 西周时期“七出”、“三不去”的婚姻解除制度为宗法制度下夫权专制的典型反映，然而“三不去”制度更着眼于保护妻子权益。

B. 西周的身份继承实行嫡长子继承制，而财产继承则实行诸子平分制。

C. 宋承唐律，但也有变通，如《宋刑统》规定，夫外出3年不归、6年不通问，准妻改嫁或离婚。

D. 宋代法律规定遗产除由兄弟均分外，允许在室女享有部分的财产继承权。

4. (2008-1-8)<sup>②</sup> 西周时，格伯以良马四匹折价，购买圃生三十田。双方签订买卖契约，刻写竹简之上，中破为两半，双方各执一半。依西周礼法，该契约的称谓是下列哪一种？

- A. 傅别                                  B. 质剂  
C. 券书                                  D. 书券

5. (四川2008-1-9)<sup>③</sup> 南宋时，富人甲去世，妻已亡，家中有继子乙及在室女丙。关于甲的遗产继承，依当时法律，下列哪一选项是正确的？

A. 乙享有全部财产继承权，丙没有继承权

B. 丙享有全部财产继承权，乙没有继承权

C. 乙享有1/4财产的继承权，丙享有3/4财产的继承权

D. 乙、丙都没有继承权，财产收为官府所有

6. (2009-1-13)<sup>④</sup> 杜甫有诗云：“朝回日日典春衣，每日江头尽醉归。酒债寻常行处有，人生七十古来稀。”对诗歌涉及的典当制度，下列哪一选项可以成立？

A. 唐代的典当形成了明确的债权债务关系

B. 唐代的典当契约称为“质剂”

C. 唐代的典当称为“活卖”

D. 唐代法律规定开典当行者构成“坐赃”

① B. 西周时期“七出”、“三不去”的婚姻解除制度目的在于保护男性的主导地位，因此是宗法制度下夫权专制的典型反映，然而“三不去”制度更着眼于保护妻子权益，使具有特殊情况的妇女得到特殊保护。西周的继承实行嫡长子继承制，目的在于保护家族利益，不存在财产继承实行诸子平分制。宋承唐律，但也有变通。

② B. 西周时期买卖契约，称为“质剂”。

③ C. 南宋法律规定，继子与绝户之女均享有继承权，只有在室女的，在室女继承3/4，继子继承1/4。

④ A. “质剂”是西周的买卖，故B错误；“活卖”是宋代特有的制度，主要用于土地的“典当”，故C错误；“坐赃”是唐代的关于官吏或者常人非因职权之便而非法收受财物的行为，故D错误；A项中，唐代的典当形成了明确的债权债务关系说法是正确的，唐末开始用“典”或“典当”一词。宋承唐制，规定了更加具体的制度。

## 第八讲 中国古代的司法诉讼

**【本讲概要】** 这一部分包括了两个层面：司法机构和诉讼程序。对于中国历代司法机构要特别注意把不同时代的机构区分开来，其中唐的司法机构是关键和重点；对于中国历代诉讼程序的问题，应特别关注西周、秦代、唐代及明清时期的诉讼程序。

### 考点一 中国历代司法机构

#### 法学理论

##### （一）西周至秦汉、魏晋朝的司法机关

1. 西周时期的司寇：中央设大司寇，负责实施法律法令，辅佐周王行使司法权。大司寇下设小司寇，辅佐大司寇审理具体案件。

2. 秦汉时期的廷尉：廷尉为中央司法机关的长官，审理全国案件；秦代御史大夫与监察御史，对全国进行法律监督。

3. 北齐设置大理寺，以大理寺卿和少卿为正副长官，增强了中央司法机关的审判职能。

##### （二）唐宋时期的司法机关

1. 大理寺：以正卿和少卿为正副长官，审理中央百官与京师徒刑以上案件。流徒案件的判决，须送刑部复核；死刑案件必须奏请皇帝批准，同时对刑部移送的死刑与疑难案件具有重审权。

2. 刑部：

（1）唐代刑部以尚书、侍郎为正副长官，下设刑部、都官、比部和司门四司。刑部有权参与重大案件的审理，对中央、地方上报的案件具有复核权，并有权受理在押犯申诉案件。

（2）宋代刑部：负责大理寺详断的全国死刑已决案件的复核及官员叙复、昭雪等事。

（3）宋审刑院：是太祖时为加强对中央司法机关的控制设立的，使大理寺降为慎刑机关，地方上报案件必先送审刑院备案，后移送大理寺、刑部复审，再经审刑院详议，交由皇帝裁决。

3. 御史台：御史台以御史大夫和御史中丞为正副长官，下设台、殿、察三院，是中央监察机构，皇帝的“耳目之司”。有权监督大理寺、刑部的审判工作，同时参与疑难案件的审判，并受理行政诉讼案件。

4. 中央司法机关派出机构：宋在州县之上设提点刑狱司。



国家司法考试  
理论法学与论述题写作



### （三）明清时期的司法机关

#### 1. 明代

- (1) 中央司法机构为刑部、大理寺、都察院。
- (2) 明代刑部增设十三清吏司，分掌各省刑民案件，加强对地方司法控制。
- (3) 明代大理寺掌复核驳正，发现有“情词不明或失出入者”，驳回刑部改判，并再行复核；如此三改不当者，奏请皇帝裁决；
- (4) 明代都察院掌纠察：纠察百司，司法活动仅限于会审及审理官吏犯罪案件。
- (5) 中央司法机关派出机构：明沿宋制，省设提刑按察使司。

#### 2. 清代

(1) 大理寺的主要职责是复核死刑案件，平反冤狱，同时参与秋审、热审等会审，如发现刑部定罪量刑有误，可提出封驳。

(2) 清承明制，都察院是全国最高监察机关。

#### 3. 清末司法体制的变化

- (1) 改刑部为法部，掌管全国司法行政事务。
- (2) 改大理寺为大理院，为全国最高审判机关。
- (3) 实行审检合署，实行四级三审制，确立一系列近代意义上的诉讼制度，制定了刑事案件公诉制度、证据、保释制度；审判制度实行公开、回避等制度；初步规定了法官及检察官考试任用制度；改良监狱及狱政管理制度。

### 考点解析

在这个考点中，下面几个方面的内容应重点把握：

1. 唐代的司法机关。唐沿袭隋制，宋沿唐制，在皇帝以下（中央）设置大理寺、刑部、御史台，分掌中央司法审判职权。

(1) 大理寺。以正卿和少卿为正副长官，审理中央百官与京师徒刑以上案件。流徒案件的判决，须送刑部复核；死刑案件必须奏请皇帝批准，对刑部移送的死刑与疑难案件具有重审权。

(2) 刑部。唐代刑部以尚书、侍郎为正副长官，下设刑部、都官、比部和司门四司刑部，刑部有权参与重大案件的审理，对中央、地方上报的案件具有复核权，并有权受理在押犯申诉案件。

(3) 御史台。御史台以御史大夫和御史中丞为正副长官，下设台、殿、察三院，是中央监察机构，皇帝的“耳目之司”。有权监督大理寺、刑部的审判工作，同时参与疑难案件的审判，并受理行政诉讼案件。其中台院是御史台的基本组成部分，执掌纠弹中央百官，参与大理寺的审判和审理皇帝交付的重大案件；殿院执掌纠察百官在宫殿中违反朝仪的失礼行为，并巡视京城及其他朝会、郊祀等；察院执掌纠察州县地方官吏的违法行为。

2. 宋代刑部负责大理寺详断的全国死刑已决案件的复核及官员叙复、昭雪等事。宋的审刑院是太祖时为加强对中央司法机关的控制设立的，使大理寺降为慎刑机关，地方上报案件必先送审刑院备案，后移送大理寺、刑部复审，再经审刑院详议，交由皇帝裁决。神宗时裁撤，恢复刑部与大理寺的原有职能。

3. 明清时的中央司法机构为刑部、大理寺、都察院，一改隋唐以降的大理寺、刑部、御史台体系。



- (1) 明代刑部增设十三清吏司，分掌各省刑民案件，加强对地方司法控制。刑部主要负责：一是审理中央百官犯罪；二是审核地方上报的重案（死刑应交大理寺复核）；三是审理发生在京师的笞杖刑以上案件；四是处理地方上诉案及秋审事宜；五是主持司法行政与律例修订事宜。
- (2) 明代大理寺掌复核驳正，发现有“情词不明或失出入者”，驳回刑部改判，并再行复核；如此三改不当者，奏请皇帝裁决。
- (3) 明代都察院掌纠察，纠察百司，司法活动仅限于会审及审理官吏犯罪案件，并无监督法律执行的职责。
- (4) 地方司法机关。明朝地方司法机关分为省、府（直隶州）、县三级。沿宋制，省设提刑按察使司，有权判处徒刑及以下案件。明代在县乡设立“申明亭”，由乡老主持调解。
- (5) “厂”、“卫”特务司法机关，其中“厂”是直属皇帝的特务机关，“卫”是皇帝亲军十二卫中的锦衣卫。
- (6) 管辖方面，明朝在交叉案件的管辖上，继承了唐律“以轻就重，以少就多，以后就先”的原则，实行被告原则和军民分诉辖制。
- 唐、明、清时期中央司法机关与地方司法机关的情况如下表所示。

	中央司法机关		地方司法机关
唐	大理寺	以正卿和少卿为正副长官，审理中央百官与京师徒刑以上案件。流徒案件的判决，须送刑部复核；死刑案件必须奏请皇帝批准，对刑部移送的死刑与疑难案件具有重审权	行政长官兼理司法，州设法曹参军或司法参军，县设司法佐、史
	刑部	以尚书、侍郎为正副长官，下设刑部、都官、比部和司门四司刑部，刑部有权参与重大案件的审理，对中央、地方上报的案件具有复核权，并有权受理在押犯申诉案件	
	御史台	以御史大夫和御史中丞为正副长官，下设台、殿、察三院，是中央监察机构，皇帝的“耳目之司”。有权监督大理寺、刑部的审判工作，同时参与疑难案件的审判，并受理行政诉讼案件	
明	大理寺	掌复核驳正，发现有“情词不明或失出入者”，驳回刑部改判，并再行复核；如此三改不当者，奏请皇帝裁决	省设提刑按察使司，有权判处徒刑及以下案件；在县乡设立“申明亭”，由乡老主持调解
	刑部	增设十三清吏司，分掌各省刑民案件，加强对地方司法控制	
	都察院	掌纠察，纠察百司，司法活动仅限于会审及审理官吏犯罪案件，设有十三道监察御史	
清	大理寺	复核死刑、平反冤狱、参与秋审和热审，发现刑部定罪量刑有误可提出封驳	地方司法分为县、府、省按察司、总督及巡抚四级
	刑部	地方司法分为县、府、省按察司、总督及巡抚四级。刑部下设十七清吏司，主要负责：一是审理中央百官犯罪；二是审核地方上报的重案（死刑应交大理寺复核）；三是审理发生在京师的笞杖刑以上案件；四是处理地方上诉案及秋审事宜；五是主持司法行政与律例修订事宜	
	都察院	督察百官、纠弹不法，监督刑部、大理寺，参与重大案件会审	

真题演练

1. (2004 - 1 - 16)① 下列有关清末变法修律和司法体制变革的表述哪一项是错误的？

① C。清末改刑部为法部，掌管全国司法行政事务；改大理寺为大理院，为全国最高审判机关；实行审检合署，实行四级三审制。

A. 清末修律在法典编纂形式上改变了传统的“诸法合体”形式，明确了实体法之间、实体法与程序法之间的差别

B. 清末修律使延续了几千年的中华法系开始解体，同时也为中国法律的近代化奠定了初步基础

C. 在司法机关改革方面，清末将大理寺改为大理院，作为全国最高审判机关；改刑部为法部，掌管全国检察和司法行政事务，实行审检分立

D. 清末初步规定了法官及检察官考试任用制度

2. (四川 2008-1-59)<sup>①</sup> 关于明清时期的司法制度，下列哪些选项是正确的？

A. 明清时期各中央司法机构的职能与隋唐时期相反，刑部负责审判，大理寺负责复核

B. 明朝的廷杖之制是根据皇帝意志而形成的法外用刑惯例

C. 明清会审制度是慎刑思想的反映，但是导致多方干预司法，使实际执法与法律制度日益脱节

D. “申明亭”为明代法定的基层调解机构，对维护社会秩序有一定积极作用

## 考点二 中国历代诉讼程序

### 法学理论

#### (一) 西周的诉讼制度

1. 西周时期的“狱”与“讼”，《周礼》曰：“争罪曰狱，争财曰讼。”

2. 西周时期的“五听”（辞听、色听、气听、耳听、目听）与“三刺”制度。

#### (二) 汉代的诉讼制度

1. 汉代的《春秋》决狱：法律儒家化在司法领域的反映，其特点是依据儒家经典——《春秋》等著作中提倡的精神原则审判案件，而不是仅仅依据汉律审案。

2. “秋冬行刑”：汉代对死刑的执行，实行“秋冬行刑”制度。汉统治者根据“天人感应”理论，规定春、夏不得执行死刑。

#### (三) 唐代的诉讼制度

1. 刑讯制度：拷囚数额的限制；禁止使用刑讯的两类人：特权身份之人、老幼废疾之人。

2. 法官回避：《唐六典》第一次以法典形式肯定了法官的回避制度。

3. 三司推事：中央或地方发生重大案件时，由刑部侍郎、御史中丞，大理寺卿组成临时最高法庭审理，称为“三司推事”。

#### (四) 宋代的诉讼制度

1. 翻异别勘制度：诉讼中，人犯否认口供（翻异），事关重大案情的，由另一法官或别一司法机关重审（别勘）。

2. 证据勘验制度：《洗冤集录》。

<sup>①</sup> ABCD。选项全部正确。





## （五）明代的诉讼制度

1. 九卿会审（圆审）：六部长官、两法司长官及通政使一起审理案件，审理范围为皇帝交办的案件和已经判决但囚犯翻供不服的案件。
2. 朝审：每年霜降后，三法司会同公侯、伯爵审理重案囚犯。
3. 大审：明代的大审是一种会审制度，由司礼监太监代表皇帝至大理寺，召集三法司官员，会审京城在押罪囚中累诉冤枉或死罪可疑可矜的待决囚犯。每五年举行一次。
4. 延杖：即由皇帝下令，司礼监监刑，锦衣卫施刑，在朝堂之上杖责大臣的制度。

## （六）清代的诉讼制度

1. 秋审：每年秋天举行，最重要的死刑复审制度，对象为全国上报的斩、绞监候案件。
2. 朝审：对刑部判决的重案及京师附近绞、斩监候案件进行的复审，每年霜降后十日举行。案件经秋审或朝审之后分四种情况：情实、缓决、可矜、留养承嗣。
3. 热审：对发生在京师的笞杖刑案件进行重审的制度，每年小满后十日至立秋前一日，大理寺官员会同各道御史及刑部承办司共同进行。

## （七）清末的诉讼制度

1. 领事裁判权：即“治外法权”，凡在中国享有领事裁判权的国家，其在中国的侨民不受中国法律管辖，只由该国的领事或设在中国的司法机构依其本国法律裁判。
  - （1）法律依据：《中英五口通商章程》和《虎门条约》。
  - （2）主要内容包括：① 中国人与享有领事裁判权国家的侨民间的诉讼，依被告原则，如中国人为被告由中国法庭审讯，如英国人为被告则由英国在华法庭审讯。② 享有领事裁判权国家的侨民之间的诉讼：由所属国领事审理。③ 不同国家的侨民之间的诉讼：适用被告主义原则。④ 享有领事裁判权国家的侨民与非享有领事裁判权国家的侨民之间的争讼：前者是被告则适用被告主义原则，后者是被告则由中国法院管辖。
2. 观审制度：即外国人是被告的案件，其所属国领事官员有权前往观审，如认为审判、判决有不妥之处，可以提出新证据等。
3. 会审公廨：1864年清廷与英、美、法三国驻上海领事协议在租界内设立的特殊审判机关。凡涉及外国人案件，必须有领事官员参加会审；凡中国人与外国人诉讼案，由本国领事裁判或陪审，甚至租界内纯属中国人之间的诉讼也由外国领事观审并操纵判决。

### 考点解析

1. 西周的诉讼程序中有下列几点需要注意：
  - （1）西周时期的“狱”与“讼”的划分。民事案件称为“讼”，刑事案件称为“狱”，审理民事案件称为“听讼”，审理刑事案件叫做“断狱”。
  - （2）西周时期的“五听”制度。“五听”指判案时判断当事人陈述真伪的五种方式，具体内容包括辞听、色听、气听、耳听、目听，通过观察当事人的言语表达、面部表情、呼吸、听觉、眼睛与视觉确定其陈述的真假。
  - （3）西周时期的“三刺”制度。西周时凡遇重大疑难案件，应先交群臣讨论，群臣不能决断时，再交官吏们讨论，还不能决断的，交给所有国人商讨决定。
2. 汉代的诉讼程序中有下列几点需要注意：



(1) 汉代的《春秋》决狱。依据儒家经典《春秋》等著作中提倡的精神原则审判案件，而不是仅仅依据汉律审案。强调审断时应重视行为人在案情中的主观动机，在着重考察动机的同时，还要依据事实，分别首犯、从犯和已遂、未遂。对传统司法是一种积极补充，但也为司法擅断提供了依据。

(2) 汉代的“秋冬行刑”。根据“天人感应”理论，规定春、夏不得执行死刑。对后世有着深远影响，唐律规定“立春后不决死刑”，明清律中的“秋审”制度亦溯源于此。

### 3. 唐代的诉讼中的刑讯与三司推事：

(1) 刑讯的条件与证据。拷讯之前，必须先审核口供的真实性，然后反复查验证据，未经法定程序，承审官要负刑事责任；经拷讯拒不认罪的，可根据证据定罪。

(2) 刑讯的方法。必须符合标准规格的常行杖，以杖外其他法拷打甚至造成罪囚死亡者，承审官要负刑事责任；拷囚数额的限制（最多3次、间隔20天、总数最多200下）。

(3) 禁止使用刑讯的两类人：特权身份之人、老幼废疾之人。

(4) 《唐六典》：第一次以法典形式肯定了法官的回避制度。

(5) 中央或地方发生重大案件时，由刑部侍郎、御史中丞，大理寺卿组成临时最高法庭审理，称为“三司推事”。

### 4. 清代案件经秋审或朝审之后分四种情况：

情实、缓决、可矜、留养承嗣。“情实”是指案情属实，适用法律并无不当。这种情况当然是“奉旨勾决”，下令执行死刑。“缓决”是指案情尚有疑问，暂时将人犯再行监禁，留待下一年秋审或朝审再行审理。“可矜”是指案情虽属实，但有可以宽恕的情节，此种情节大多可以免于处死，改判其他刑罚。“留养承嗣”则是在符合“孀妇独子”等留养条件的情形下，经刑部提出留养申请，获得皇帝首肯后，免于死刑，在施以一定处罚后准其留养。

### 5. 清末的领事裁判权与审判和会审公廨也很重要：

(1) 外国在华领事裁判权。即“治外法权”，凡在中国享有领事裁判权的国家，其在中国的侨民不受中国法律管辖，只由该国的领事或设在中国的司法机构依其本国法律裁判。法律依据是《中英五口通商章程及税则》和《虎门条约》。其主要内容包括：中国人与享有领事裁判权国家的侨民间的诉讼，依被告主义原则；享有领事裁判权国家的侨民之间的诉讼由所属国审理；不同国家的侨民之间的诉讼，适用被告主义原则；享有领事裁判权国家的侨民与非享有领事裁判权国家的侨民之间的争讼，前者是被告则适用于被告主义原则，后者是被告则由中国法院管辖。

(2) 观审制度。即外国人是被告的案件，其所属国领事官员有权前往观审，如认为审判、判决有不妥之处，可以提出新证据等。

(3) 会审公廨。1864年清廷与英、美、法三国驻上海领事协议在租界内设立的特殊审判机关。凡涉及外国人案件，必须有领事官员参加会审；凡中国人与外国人诉讼案，由本国领事裁判或陪审，甚至租界内纯属中国人之间的诉讼也由外国领事观审并操纵判决。

古代司法机关与司法程序如下表所示。

	西周秦汉	唐	宋元	明	清	清末、民国
司法机关	司寇（西周）、廷尉（秦）、御史	（1）大理寺：审理中央百官京师徒刑以上案件。 （2）刑部：参审重大案件审理、复核申诉。 （3）御史台：下设台、殿、察三院，中央监察机构	宋设审刑院以加强对中央司法机关的控制	刑部增设十三清吏司分管各省刑民案件；大理寺掌复核驳正；都察院负责纠察百司；厂卫等特务司法机关出现	（1）大理寺的主要职责是复核死刑案件，平反冤狱，同时参与秋审、热审等会审，如发现刑部定罪量刑有误，可提出封驳； （2）清承明制，都察院是全国最高监察机关	（1）改刑部为法部，掌管全国司法行政事务； （2）改大理寺为大理院，为全国最高审判机关； （3）实行审检合署，实行四级三审制
司法程序	（1）狱讼：民事案件为“讼”，刑事案件为“狱”。 （2）五听：判断当事人陈述真伪的方式。 （3）三刺：疑难案件审理的三个环节。 （4）春秋决狱：援引儒家经典审判案件。 （5）秋冬行刑：秋冬执行死刑	三司推事：重大案件由刑部侍郎、御史中丞、大理寺卿组成临时最高法庭审理	翻异别勘制度与证据勘验制度，世界最早法医学著作《洗冤集录》出现	（1）九卿会审（圆审）：六部长官和三法司长官一起审理案件。 （2）朝审：每年霜降后三法司会同公侯伯爵审理重案囚犯。 （3）大审：太监参与三法司审理案件。 （4）廷杖：锦衣卫在朝堂上杖责大臣制度	（1）秋审：秋天举行的死刑复核制度。 （2）朝审：刑部审理的重案以及京师重要案件的复审。 （3）热审：京师笞杖刑案件的重审	（1）领事裁判权：外国人在华不受中国法律约束。 （2）观审制度：外国领事有权观审。 （3）会审公廨：外国领事参加案件审理

真题演练

1. (2005 - 1 - 16)① 南宋庆元年间，某地发生一桩“杀妻案”。死者丈夫甲被当地州府逮捕，受尽拷掠，只得招认“杀妻事实”。但在该案提交本路（路为宋代设置的地位高于州县的地方行政区域）提刑司审核时，甲推翻原口供，断然否认杀妻指控。提刑司对本案可能做出的下列处置中，哪一种做法符合当时“翻异别勘”制度的规定？
- A. 发回原审州府重审                      B. 指定本路管辖的另一州级官府重审
- C. 直接上报中央刑部审理                D. 直接上报中央御史台审理
2. (2006 - 1 - 16)② 汉武帝时，有甲、乙二人争言相斗，乙以佩刀刺甲，甲之子丙慌忙以杖击乙，却误伤甲。有人认为丙“殴父也，当枭首。”董仲舒引用《春秋》事例，主张“论心定罪”，认为丙“非律所谓殴父，不当坐”。关于此案的下列哪种评论是错误的？
- A. “论心定罪”是儒家思想在刑事司法领域的运用
- B. 以《春秋》经义决狱的主张是旨在建立一种司法原则
- C. “论心定罪”仅为一家之言，历史上不曾被采用

① B. 诉讼中，人犯否认口供（翻异），事关重大案情的，由另一法官或别一司法机关重审（别勘）。  
② C. “论心定罪”的观点在历史上曾被采用，是春秋决狱的特点之一。





D. “论心定罪”有可能导致官吏审判案件的随意性

3. (2006-1-18)<sup>①</sup> 乾隆年间,四川重庆府某甲“因戏而误杀旁人”,被判处绞监候。依据清代的会审制度,对某甲戏杀案的处理,适用下列哪一项程序?

- A. 上报中央列入朝审复核定案      B. 上报中央列入秋审复核定案  
C. 移送京师列入热审复核定案      D. 上报中央列入三司会审复核定案

4. (2006-1-63)<sup>②</sup>《疑狱集》载:“张举,吴人也。为句章令。有妻杀夫,因放火烧舍,乃诈称火烧夫死。夫家疑之,诣官诉妻,妻拒而不认。举乃取猪二口,一杀之,一活之,乃积薪烧之,察杀者口中无灰,活者口中有灰。因验夫口中,果无灰,以此鞠之,妻乃伏罪。”下列关于这一事例的哪些表述是不成立的?

- A. 作为县令的张举重视证据,一般用猪来作为证据  
B. 张举之所以采取积薪烧猪的方法来查验证据,乃因当时的法律没有规定刑讯的程序  
C. 该案杀人者未受刑而伏罪,因其符合当时法律规定禁止使用刑讯的一般条件  
D. 张举在这个案件中对事实的判断体现了当时法律所规定的“据状断之”的要求

5. (2008-1-57)<sup>③</sup> 中国古代社会的死刑复奏制度是指奏请皇帝批准执行死刑判决的制度。关于这一制度,下列哪些选项是正确的?

- A. 北魏太武帝时正式确立了死刑复奏制度  
B. 唐朝的死刑案件在地方实行“三复奏”,在京师实行“五复奏”  
C. 明清时期的朝审制度取代了死刑复奏制度  
D. 死刑复奏制度的建立和完善既加强了皇帝对司法、审判的控制,又体现了皇帝对民众的体恤

6. (2009-1-15)<sup>④</sup> 1903年5月1日,在上海英租界发行的《苏报》刊载邹容的《革命军》自序和章炳麟的《客帝篇》,公开倡导革命,排斥满人。5月14日,《苏报》又指出:《革命军》宗旨专在驱除满族,光复中国。清廷谕令两江总督照会租界当局严加查办,于6月底逮捕章炳麟,不久,邹容自动投案。由谏员孙建臣、上海知县汪瑶庭、英国副领事三人组成的审判庭对邹容等人进行审理,最后判处章炳麟徒刑三年,邹容徒刑两年。对这一案件的说法,下列哪一选项是正确的?

- A. 这表明清廷实行公开审判原则  
B. 这表明外国人在租界内对中国司法裁判权的直接干涉  
C. 这表明外国人在租界内的领事裁判权受到了限制  
D. 这表明清廷变法修律得到了国际社会的承认

① B. 清代秋审每年秋天举行,是国家最重要的死刑复审制度,审理对象为全国上报的斩、绞监候案件。

② ABC. 作为县令的张举重视证据,一般用猪来作为证据,这句话前后没有联系。当时法律允许刑讯逼供,并有详细程序。

③ ABD. 明清时期的朝审制度始于明天顺三年,明英宗命每年霜降之后,三法司会同公侯、伯爵、在吏部尚书(或户部尚书)主持下会审重案囚犯。可见朝审制度只是对重案囚犯的一次审理,并不涉及死刑的执行问题,所以C是错误的。

④ B. 该题考察领事裁判权和会审公廨的特点。由外国人在中国的领土上参加审理,体现了外国人在租界内对中国司法裁判权的直接干涉,故B正确。A项和题目无关,C项不是外国人受限制,而是中国人受限制,D项和题目无关。





7. (2009-1-58)<sup>①</sup> 关于中国古代诉讼、审判制度的说法,下列哪些选项是正确的?

A. 西周时期“听讼”为审理民事案件,“断狱”为审理刑事案件

B. 唐代县以下乡官、里正对犯罪案件具有纠举责任,对轻微犯罪与民事案件具有调解处理的权力

C. 明代的大审是一种会审制度,每三年举行一次

D. 清末改大理寺为大理院,为全国最高审判机关

---

<sup>①</sup> ABD。明代的大审是一种会审制度,由司礼监太监代表皇帝至大理寺,召集三法司官员,会审京城在押罪囚中累诉冤枉或死罪可疑可矜的待决囚犯,每五年举行一次。其他选项正确。

## 第九讲 中国法律转型：清末、民国法制

**【本讲概要】** 清末、民国时期是中国传统法制解体、新法制初步建立的过渡时期，也是中国法制现代化的起步阶段，因此属于比较特别和重要的一个领域。

### 考点一 清末法制

#### 法学理论

##### （一）清末预备立宪

###### 1. 预备立宪的基本脉络

- （1）新政：仿行宪政（赴日本考察，设考察政治馆，后改为宪政编查馆）。
- （2）预备立宪：颁布《钦定宪法大纲》。
- （3）各省设立谘议局，中央成立资政院。
- （4）发布《重大信条十九条》。

###### 2. 《钦定宪法大纲》

- （1）性质：中国近代史上第一个宪法性文件。
- （2）结构：正文—“君主大权”；附录—臣民权利义务。
- （3）特点：皇帝专权，人民无权。
- （4）实质：确认君主绝对权力，体现满族贵族维护专制统治的意志及愿望。

###### 3. 《重大信条十九条》

- （1）武昌起义后清政府抛出的又一个宪法性文件。
- （2）背景：迫于武昌革命风暴。
- （3）内容：形式上缩小了皇帝的权力，相对扩大了议会和总理的权力，实质仍然强调皇权至上，对人民权利只字未提。

###### 4. 谘议局和资政院

- （1）谘议局：地方咨询机关；各省巡抚的附属机构；宗旨在于指陈通省利弊，筹计地方治安。
- （2）资政院：中央咨询机关；御用机构，与现代社会的国家议会有根本的不同；一切决议须报请皇帝定夺，皇帝有权谕令停会或解散及指定钦选议员。

##### （二）清末修律主要内容

###### 1. 《大清现行刑律》

- （1）公布的原因及过程：在《大清律例》的基础上稍加修改，作为《大清新刑律》完成前的过渡性法典。





(2) 主要内容及变化：改律名为“刑律”；取消六律总目；对纯属民事性质的条款不再科刑；废除了一些残酷的刑罚手段（如凌迟）；增加了一些新的罪名（如妨害国交罪等）。

## 2. 《大清新刑律》

(1) 第一部近代意义上的专门刑法典，但仍保持着维护专制制度和封建伦理的传统。

(2) 制定中曾引发了礼教派的攻击和争议，结构上分总则、分则两篇。

(3) 主要内容及发展变化：专属刑法范畴的条文；总则、分则；主刑、从刑；采纳近代刑法原则和制度（罪刑法定、缓刑制度）。

## 3. 《大清民律草案》

(1) 主持修订：沈家本、伍廷芳、俞廉三。

(2) 结构：总则、债权、物权、亲属、继承五编；其中总则、债、物权三编由松冈正义等仿照德国、日本民法典的体例和内容草拟而成，吸收了大量的西方资产阶级民法理论、制度和原则；亲属、继承两编由修订法律馆会同保守的礼学馆起草，其制度、风格带有浓厚的封建色彩，保留了许多封建法的精神。

(3) 编辑之旨：注重世界最普通之法则；原本后出最精确之法理；求最适于中国民情之法则；期于改进上最有利益之法则。

## 4. 《大清刑事民事诉讼法》六编与《大清民事诉讼律案》四编

沈家本在《大清刑事民事诉讼法》遭否决后起草，仿照德国诉讼法而成，未颁行。

## （三）清末司法体制的变化

1. 改刑部为法部，掌管全国司法行政事务；改大理寺为大理院，为全国最高审判机关；实行审检合署。

2. 实行四级三审制，确立一系列近代意义上的诉讼制度，制定了刑事案件公诉制度、证据、保释制度；审判制度实行公开、回避等制度；初步规定了法官及检察官考试任用制度；改良监狱及狱政管理制度。

## 考点解析

这里补充一下关于清末修律的考点：

清末变法修律是鸦片战争以后，清政府在内外各种压力之下，于20世纪初对原有法律制度进行的不同程度的改革。主要特点：①指导思想上自始至终贯穿“仿效外国资本主义法律形式，固守中国封建法制传统”的方针。②内容上出现了封建专制主义传统与西方资本主义法学最新成果的奇怪混合，具体表现为：坚行君主专制体制及封建伦理纲常；大量引用西方法律理论、原则、制度和法律术语。③法典形式上改变了“诸法合体”形式，明确实体法、程序法之间的差别，形成了近代法律体系的雏形。

清末变法修律的主要影响：标志着中华法系开始解体；为中国法律的近代化奠定了初步基础；引进、传播、全面系统地介绍西方近代法律学说和法律制度，普及近代法律知识，促进法治观念。

1. (2003-1-7)<sup>①</sup> 中国清末修订法律馆于1911年8月完成《大清民律草案》。下列有关该草案的表述哪一项是错误的?

- A. 《大清民律草案》的结构顺序是:总则、债、物权、亲属、继承
- B. 日本法学家参与了《大清民律草案》的起草工作
- C. 《大清民律草案》的基本思路体现了“中学为体、西学为用”的精神
- D. 《大清民律草案》经正式公布,但未及实施,清王朝即告崩溃

2. (2004-1-86)<sup>②</sup> 下列有关清末制定的刑事法典的表述何者为正确?

- A. 清末刑法典修订的成果是《大清律例》和《大清新刑律》
- B. 《大清新刑律》结构分总则和分则两篇,后附《暂行章程》
- C. 《大清新刑律》完成前的过渡性法典为《大清现行刑律》
- D. 《大清律例》是中国历史上第一部近代意义上的专门刑法典

3. (2007-1-11)<sup>③</sup> 关于清末“预备立宪”,下列哪一选项可以成立?

A. 1908年颁布的《钦定宪法大纲》作为中国近代史上第一部宪法性文件,确立了资产阶级民主共和国的国家制度

B. 《十九信条》取消了皇权至上,大大缩小了皇帝的权力,扩大了国会与内阁总理的权力

C. 清末成立的资政院是中国近代第一届国家议会

D. 清末各省成立了谘议局作为地方督抚的咨询机关,权限包括讨论本省兴革事宜、预决算等

4. (2008-1-13)<sup>④</sup> 下列哪一个法律文件是中国近现代历史上第一部宪法性文件?

- A. 《重大信条十九条》
- B. 《钦定宪法大纲》
- C. 《中华民国约法》
- D. 《中华苏维埃共和国宪法大纲》

5. (四川2008-1-8)<sup>⑤</sup> 关于《大清新刑律》,下列哪一选项是错误的?

- A. 《大清新刑律》是中国刑法史上第一部具有近代意义的法典
- B. 《大清新刑律》规定刑罚分主刑、从刑
- C. 《大清新刑律》的内容完全属于资本主义刑法性质的内容
- D. 《大清新刑律》于1911年公布,但没有实施

① D.《大清民律草案》并未正式公布及实施。

② BC。清末刑法典修订的成果是《大清现行刑律》和《大清新刑律》,其中《大清新刑律》是中国历史上第一部近代意义上的专门刑法典。

③ D。1908年颁布的《钦定宪法大纲》作为中国近代史上第一部宪法性文件,其特点是皇权至上,不可能确立资产阶级民主共和国的国家制度。清末成立的资政院是一个参谋咨询机构,不具有国家议会的功能。《十九信条》在形式上缩小了皇帝的权力,相对扩大了议会与总理的权力,但仍然强调皇权至上。

④ B。《钦定宪法大纲》是中国近现代历史上第一部宪法性文件。

⑤ C。《大清新刑律》的内容还包含了一些封建制度,并非完全属于资本主义刑法性质的内容。



### 法学理论

#### （一）《中华民国临时约法》

##### 1. 宪法的革命性、民主性

（1）辛亥革命的产物，以孙中山的民权主义学说为指导思想，使民权主义所确立的政治方案和原则通过法律的形式进一步具体化。

（2）确定了资产阶级共和国的国家制度，更广泛地宣传了资产阶级共和国的思想。

（3）肯定了资产阶级民主共和国的政治体制和组织原则，依照三权分立原则，采用责任内阁制，规定临时大总统、副总统和国务院行使行政权力，参议院是立法机关，法院是司法机关，并规定了其他相应的组织与制度。

（4）体现了资产阶级宪法中一般民主自由原则，规定了人民享有人身、财产、居住、信教等项自由和选举、被选举、考试、请愿、诉讼等权利。

（5）确认了保护私有财产的原则。

##### 2. 对袁世凯加以限制和防范

（1）在国家政权体制问题上，改总统制为责任内阁制，以限制袁世凯的权力。

（2）在权力关系规定上，扩大参议院的权力以抗衡袁世凯。

（3）规定特别修改程序以制约袁世凯。

##### 3. 历史意义

中国历史上第一部资产阶级共和国性质的宪法文件，肯定了辛亥革命的成果，否定了中国封建君主专制制度，肯定了资产阶级民主共和制度和资产阶级民主自由原则，在一定程度上反映了广大人民的民主要求。

#### （二）“天坛宪草”与“袁记约法”

##### 1. “天坛宪草”（《中华民国宪法（草案）》）

（1）北洋政府时期的第一部宪法草案。

（2）采用资产阶级三权分立的宪法原则，确认民主共和制度。

（3）体现了国民党通过制宪限制袁世凯权力的意图：肯定责任内阁制，规定了国会对总统行使重大权力的牵制权，限制总统任期。

##### 2. “袁记约法”

（1）彻底否定民主共和制度，代之以个人独裁；

（2）用总统独裁否定了责任内阁制；

（3）用有名无实的立法院取消了国会制；

（4）为限制、否定《临时约法》规定的人民基本权利提供了宪法根据；

（5）它是对《临时约法》的反动，是军阀专制全面确立的标志。

#### （三）“贿选宪法”

1. 用漂亮的辞藻和虚伪的民主形式掩盖军阀专制的本质。

2. 为平衡各派大小军阀的关系，巩固中央大权，对“国权”和“地方制度”作了专



门规定。

3. 中国近代史上首部正式颁行的宪法。

#### (四)《中华民国宪法》(1947年)

##### 1. 南京国民政府立法特点

(1) 内容：继受法与固有法的混合。

(2) 立法：普通法与特别法并存，而且特别法优于普通法，数量亦多于普通法；在法律的制定与适用上采用“双重标准”。

(3) 立法与司法：表面上顺应了时代的发展，体现了一些资本主义法律制度的原则，在司法实践中却完全是赤裸裸的野蛮、专制；立法与司法严重脱节。

##### 2.《中华民国宪法》内容的主要特点

(1) 表面上的“民有、民治、民享”和实际上的个人独裁。

(2) 政权体制不伦不类，既非国会制、内阁制，也非总统制。

(3) 罗列人民各项民主自由权利，比以往任何宪法性文件都充分。

(4) 以“平均地权”、“节制资本”之名，行保护封建剥削、加强官僚垄断经济之实。

#### 考点解析

这里补充两点：

1. 南京国民政府的法制情况。南京国民政府立法特点突出表现在其法律制度的“二重性”上：①法律内容上表现为继受法与固有法的混合：大量采用、引进、吸收西方近代经来的法律学说、法律原则与法律制度，以大陆法系法律制度为基本蓝本，并采英美法系法律制度的一些内容；继续保持、延续了中国传统的封建法律制度的一些特性。②在立法方面：普通法与特别法并存，而且特别法优于普通法，数量亦多于普通法；在法律的制定与适用上采用“双重标准”：用基本的普通法作为“常态”法律，规范普通、正常的法律关系，但同时制定大量针对特定对象、在特定时空适用的特别法，超出普通法的限制，加强对危害其统治行为的镇压。③立法与司法：表面上顺应了时代的发展，体现了一些资本主义法律制度的原则，在司法实践中却完全是赤裸裸的野蛮、专制。

2. 1947年《中华民国宪法》的情况。①该宪法在结构上共14章，在基本精神上与《训政时期约法》和“五五宪草”一脉相承。②《中华民国宪法》内容的主要特点：表面上的“民有、民治、民享”和实际上的个人独裁，即人民无权，独夫集权。政权体制不伦不类，既非国会制、内阁制，又非总统制。实际上用不完全责任内阁制与实质的总统制的矛盾条文，掩盖总统即蒋介石的个人专制统治的本质。罗列人民各项民主自由权利，比以往任何宪法性文件都充分，但《维持社会秩序的临时办法》、《戒严法》、《紧急治罪法》等，又把宪法抽象的民主自由条款加以具体切实的否定。以“平均地权”、“节制资本”之名，行保护封建剥削、加强官僚垄断经济之实。

关于清末以来的宪法文件比较如下表所示。





宪法名称	制定时间	主要内容	历史地位
《钦定宪法大纲》	1908	皇帝专权，人民无权	中国近代史上第一部宪法性文件
《宪法重大信条十九条》	1911	形式上缩小皇帝的权力，扩大了议会和总理的权力，对人民权利只字未提	中国近代史上第二部宪法性文件
《中华民国临时约法》	1912	资产阶级民主共和制度、政治体制和组织原则、民主自由原则、私有财产保护	中国历史上第一部资产阶级共和国性质的宪法文件
天坛宪草	1913	三权分立、民主共和	北洋政府时期第一部宪法草案
袁记约法	1914	总统独裁	军阀专制全面确立的标志
贿选宪法	1923	军阀专制；对“国权”和“地方制度”作了专门规定	中国近代史上第一部正式颁行的宪法
《中华民国宪法》	1947	人民无权，独夫集权	

真题演练

- (2005 - 1 - 94)① 下列有关中国宪法发展史的表述，何者为正确？
- A. 《中华民国临时约法》是中国历史上唯一的一部资产阶级共和国性质的宪法性文件
- B. 1949 年《中国人民政治协商会议共同纲领》是中国历史上的第一部社会主义类型的宪法
- C. 1982 年宪法是中华人民共和国成立后制定的第三部宪法
- D. 《钦定宪法大纲》是中国历史上的第一部宪法性文件

① AD。《中华民国临时约法》是中国历史上唯一的一部资产阶级共和国性质的宪法性文件。《钦定宪法大纲》是中国历史上的第一部宪法性文件。

## 第十讲 西方法制概览

**【本讲概要】** 在西方，古代法律文明的代表是作为奴隶制法律的罗马法，它不仅支撑了罗马帝国的繁荣，并且在复兴之后成为资本主义法律的重要源流：近现代以来，西方法律形成了两大法系：英美法系和大陆法系。英美法系的代表性国家是英国和美国，英美法系的最突出特点是其独特的法律渊源及其司法体制。大陆法系的代表性国家有法国、德国和日本，大陆法系最引人注目的是其民法典。

### 考点一 罗马法

#### 法学理论

##### （一）罗马法与《十二铜表法》

###### 1. 罗马法

罗马法是指罗马奴隶制国家的全部法律，存在于罗马奴隶制国家的整个历史时期。既包括西罗马的法律，又包括东罗马的法律。罗马法是奴隶制社会最发达、最完备的法律体系。

###### 2. 《十二铜表法》

- (1) 制定：公元前 451 年由十人立法委员会公布于罗马广场。
- (2) 特点：诸法合体、私法为主，程序法优于实体法。
- (3) 地位：罗马国家第一部成文法，是罗马法的主要渊源。

##### （二）罗马法的发展

###### 1. 市民法和万民法

(1) 市民法：罗马前期，适用于罗马市民，内容主要是行政管理、诉讼程序、财产、婚姻家庭和继承。

(2) 万民法：罗马后期，适用于罗马市民与外来人以及外来人相互之间的关系，内容主要是所有权和债权的规定。

###### 2. 罗马法学家

- (1) 学派：普罗库尔学派和萨比努斯学派
- (2) 法学家活动：解答法律，参与诉讼，著书立说，编纂法典，参加立法。

###### 3. 《国法大全》

- (1) 编撰者：查士丁尼皇帝
- (2) 内容：《查士丁尼法典》、《查士丁尼法学总论》（又叫《法学阶梯》）、《查士丁尼学说汇纂》（又叫《法学汇编》）、《查士丁尼新律》，以上四部统称《国法大全》或《民法大全》。





(3) 历史意义：标志着罗马法已经发展到最发达、最完备阶段。

### (三) 罗马法的渊源与分类

#### 1. 罗马法的渊源

- (1) 习惯法；
- (2) 议会法律（民众大会、百人团议会、平民会议）；
- (3) 元老院决议；
- (4) 长官告示；
- (5) 皇帝敕令；
- (6) 具有解答权的法学家的解释与著述。

#### 2. 罗马法的分类

- (1) 公法与私法：根据法律所调整和保护的对象而作的划分。
- (2) 成文法与不成文法：依照法律的表现形式所作的划分。
- (3) 市民法、万民法和自然法：根据罗马法的适用范围所作的分类。
- (4) 市民法和长官法：根据立法方式不同所作的分类。

### (四) 罗马私法的内容

#### 1. 人法

(1) 自然人：必须具有人格，人格由自由权、市民权和家庭权三种身份权构成，如有丧失，是为“人格减等”。

(2) 法人：社团法人和财团法人，条件：具有物质基础、最低人数或一定数额财产，须经元老院的批准或皇帝的特许。

(3) 婚姻家庭：实行一夫一妻家长制家庭制度，分为“有夫权婚姻”和“无夫权婚姻”。

#### 2. 物法

- (1) 物权：所有权、役权、地上权、永佃权、担保物权。
- (2) 继承：遗嘱继承优于法定继承。
- (3) 债：合法原因的债和侵权引起的债（叫私犯），还有准契约之债和准私犯之债。

#### 3. 诉讼法

- (1) 诉讼类型：公诉是损害国家利益的案件，私诉是关于个人利益的案件。
- (2) 诉讼程序：法定诉讼、程式诉讼和特别诉讼。

### (五) 罗马法的历史地位

#### 1. 罗马法复兴过程

(1) 注释法学派（波伦亚大学）：注释研究罗马法，在罗马法复兴过程中起了开创性作用。

(2) 评论法学派：致力于罗马法与当时欧洲司法实践的结合。

#### 2. 罗马法复兴的意义

- (1) 有利于民族统一国家的形成；
- (2) 为资本主义经济的发展提供了现成的法律形式；
- (3) 为新兴资产阶级反封建提供了思想武器；
- (4) 促进了自然法学说的发展。

罗马法是西方奴隶制时代最发达的法律制度，这里考点比较多，下面重点强调以下几个问题：

1. 《国法大全》的有关情况。《国法大全》的编撰是东罗马皇帝查士丁尼统治期间和他死后一段时间进行的。先后编出的法律汇编有四部：

(1) 《查士丁尼法典》，这是一部历代皇帝的敕令大全。

(2) 《法学阶梯》，又称《查士丁尼法学总论》。这是以盖尤斯的《法学阶梯》为蓝本，阐述罗马法原理的法律教科书。

(3) 《查士丁尼学说汇纂》，又称《法学汇编》。汇集整理了历代罗马著名法学家的学说著作及法律解答。

(4) 《查士丁尼新律》。查士丁尼死后，法学家将查士丁尼在位时发布的敕令汇编成册，称《查士丁尼新律》(简称《新律》)。

这四部汇编至16世纪统称为《国法大全》(又译为《民法大全》、《罗马法大全》)，以便与当时通行的《教会法大全》相对应。这是历史上最完备的奴隶制成文法典，标志着罗马法本身发展到最发达、最完备的阶段。

## 2. 罗马法的分类问题

(1) 公法与私法：根据法律所调整的对象而作的划分。公法包括宗教祭祀活动和国家机关组织与活动的规范，私法主要包括所有权、债权、婚姻家庭继承等方面的规范。

(2) 成文法与不成文法：依照法律的表现形式所作的划分。成文法是指以书面形式发表并具有法律效力的规范，民众大会通过的法律、元老院的决议、皇帝的敕令、裁判官的告示都是成文法。不成文法是指为统治阶级所承认的习惯法。

(3) 市民法、万民法和自然法：根据罗马法的适用范围所作的分类。市民法是指罗马国家固有的、仅适用于罗马市民的法律，包括罗马的习惯法、《十二铜表法》等民众大会通过的法律和元老院的决议等；万民法是调整居住在罗马境内全体居民(包括外国人)间所发生的法律关系的法律，所以也被称为“各民族共有的法律”；自然法是罗马法学家的理念，来源于自然理性，是生物间的规则。

(4) 市民法和长官法：根据立法方式不同所作的分类。与市民法不同，长官法不是通过罗马的立法机关制定的，而是靠裁判官的审判实践活动逐步形成的。因此，长官法也称作裁判官法。

市民法与万民法的适用对象和主要内容如下表所示。

	时 期	适用对象	主要内容
市民法	罗马前期	适用于罗马市民	内容主要是行政管理、诉讼程序、财产、婚姻家庭和继承
万民法	罗马后期	适用于罗马市民与外来人以及外来人相互之间的关系	内容主要是所有权和债权的规定

## 3. 罗马私法的内容(如下表所示)。

(1) 人法。包括自然人和法人。罗马法规定，作为权利义务主体的自然人必须具有人格，即享有权利和承担义务的资格。罗马法上的人格由自由权、市民权和家庭权三种身份权组成。在罗马法上同时具备上述三种身份才能在法律上享有完全的权利能力，才属于具备完



整人格的人。上述三种身份权全部或部分丧失，人格就发生变化，罗马法称之为“人格减等”。与自然人相对应的是法人，“法人”被分为两种：社团法人、财团法人。另外，罗马法上的婚姻有两种，即“有夫权婚姻”和“无夫权婚姻”。在早期实行“有夫权婚姻”，也称“要式婚姻”。基本特征是：丈夫享有特权，妻子无任何权利。出嫁的女子脱离原家而处于夫权或夫的家长的权力之下，婚姻的目的是承继嗣、继血统。共和国后期产生了“无夫权婚姻”，即出嫁的女子不处于夫权下，而仍为生父的亲属，婚姻的目的变为以夫妻本身的利益为前提。在无夫权婚姻中，妻子在家庭中的地位得到改善。

(2) 物法是罗马私法的主体，由物权、继承和债法三部分构成。物权法：物权主要有五种：所有权、役权（地役权、人役权）、地上权、永佃权、担保物权（信托、典质、抵押）。其中所有权为自物权，其他权利则为他物权。在继承法方面，罗马法将遗产继承分为两种：法定继承、遗嘱继承。遗嘱继承优先于法定继承，两者不能并用。在债权上，罗马法规定债发生的四种原因：契约，准契约，私犯，准私犯。

(3) 诉讼法。在罗马，与公法和私法的划分相对应，诉讼分为公诉和私诉两种。公诉是对直接损害国家利益的案件的审理。私诉是根据个人申诉，对有关私人利益案件的审理。在罗马法的发展过程中，诉讼程序先后出现三种形态：法定诉讼、程式诉讼、特别诉讼。

类 别	内 容	
人 法	自然人	必须具有人格，人格由自由权、市民权和家庭权三种身份权构成，如有丧失，是为“人格减等”
	法人	社团法人和财团法人，条件：具有物质基础、最低人数或一定数额财产，须经元老院的批准或皇帝的特许
	婚姻家庭法	一夫一妻家长制家庭制度，婚姻分为“有夫权婚姻”和“无夫权婚姻”
物 法	物权	所有权（包括自物权和他物权）、役权、地上权、永佃权、担保物权
	继承	遗嘱继承优先于法定继承
	债	合法原因的债和侵权引起的债（叫私犯）
诉 讼 法	诉讼类型	公诉是损害国家利益的案件，私诉是关于个人利益的案件
	诉讼程序	法定诉讼、程式诉讼和特别诉讼

真题演练

1. (2003 - 1 - 8)① 下列有关罗马法复兴运动的表述，哪一项是不正确的？  
A. 意大利的波伦亚是罗马法复兴运动的发源地  
B. 14 世纪的评论法学派在罗马法复兴运动中起了开创性的作用  
C. 经过罗马法复兴运动，在中世纪后期形成了一个世俗的法学家阶层  
D. 罗马法的复兴构成近代自然法学说的思想来源之一
2. (2004 - 1 - 61)② 下列有关古罗马《国法大全》的说法哪些是正确的？  
A. 《国法大全》包括《查士丁尼法典》、《法学阶梯》、《法学汇编》、《查士丁尼新律》  
B. 《国法大全》是由乌尔比安主持编纂的  
C. 《国法大全》的问世，标志着罗马法达到了最发达、最完备的阶段

① B。12 世纪的注释法学派在罗马法复兴运动中起了开创性的作用。  
② ACD。《国法大全》是由查士丁尼皇帝主持编纂的。

D. 12 世纪意大利注释法学派将《国法大全》的研究变成一门科学，为罗马法复兴作出了开创性的贡献

3. (2006-1-20)<sup>①</sup> 下列关于罗马私法的哪一表述是错误的?

- A. 罗马法有市民法和长官法之分，其中长官法的内容多为私法
- B. 在罗马，早期采取“限定继承”的原则，后来逐步确立“概括继承”的原则
- C. 在罗马私法上，自然人的人格由自由权、市民权和家庭权三种身份构成
- D. 罗马法的婚姻包括“有夫权婚姻”和“无夫权婚姻”两种

4. (2007-1-58)<sup>②</sup> 关于历史上法学家法律解释、法学著作的效力，下列哪些选项是正确的?

- A. 中国西晋及唐朝，律学家、官员对法律的解释经皇帝批准颁行以后，具有法律效力
- B. 古代罗马帝国时代，经皇帝授权的法学家的解释具有法律效力
- C. 美国有许多著名的法学家同时为杰出法官，他们的法学作品具有立法的意义
- D. 在现代德国，法学教授的著述是法官适用民事法律时的重要参考材料

5. (2008-1-11)<sup>③</sup> 关于罗马法的法律分类，下列哪一类是以法律的适用范围为根据划分的?

- A. 公法和私法
- B. 人法、物法和诉讼法
- C. 自然法、市民法和万民法
- D. 市民法与长官法

6. (四川 2008-1-10)<sup>④</sup> 关于罗马法，下列哪一选项是正确的?

- A. 在公元前 450 年以前，成文法律是罗马法的一个主要渊源
- B. 关于法定继承人的顺序以及遗嘱继承的方式，罗马法的规定不完备
- C. 罗马法上的人格仅由自由权和市民权构成
- D. 评论法学派在复兴罗马法的运动中起了开创作用，为人们运用罗马法奠定了基础

7. (四川 2008-1-57)<sup>⑤</sup> 关于古罗马的《十二表法》，下列哪些选项是正确的?

- A. 《十二表法》是罗马帝国时期的立法成果
- B. 《十二表法》是在总结习惯法的基础上制定的成文法
- C. 《十二表法》的“十二表”，是指该法的十二个编目
- D. 《十二表法》的特点是诸法合体、私法为主，实体法优于程序法

## 考点二 英美法系

### 法学理论

#### (一) 英美法的历史沿革

##### 1. 英国法的形成与发展

(1) 普通法：12 世纪，普通法院在巡回审判中形成。

① B. 在罗马，早期采取“概括继承”的原则，后来逐步确立“限定继承”的原则。

② ABD. 美国不是古罗马，法学家的法学作品不具有立法意义。

③ C. 罗马法以法律的适用范围为根据划分自然法、市民法和万民法。

④ D. 在公元前 454 年制定《十二铜表法》之前，成文法并不是罗马法的主要渊源；关于法定继承人的顺序以及遗嘱继承的方式，罗马法有完备的规定；罗马法上的人格由自由权、市民权和家庭权三部分构成。

⑤ BC. 《十二表法》是罗马共和国时期的立法成果，其特点是诸法合体、私法为主，程序法优于实体法。







(2) 衡平法：15 世纪由大法官法院审判形成。

(3) 制定法：1215 年《大宪章》是制定法发展的重要里程碑。

## 2. 美国法的形成与发展

(1) 殖民地时期的美国法：《英国法释义》。

(2) 独立战争后的美国法：对英国法批判的独立道路。

(3) 南北战争后的美国法：民主化改革。

(4) 现代美国法：制定法大量出现，行政命令日益重要，国家干预经济的立法大量颁布。

## (二) 英美法的渊源

### 1. 英国法的渊源

(1) 普通法：12 世纪由普通法院创制的在全国普遍适用的判例法体系，“遵循先例”是其最基本的原则，最大的特征是“程序先于权利”。

(2) 衡平法：15 世纪由大法官法院根据公平正义原则形成的一套有别于普通法的独立法律体系，是对普通法的补充；在与普通法冲突时，衡平法优先；因其具有较大的自由裁量度，被称为“大法官的脚”。

(3) 制定法：欧盟法、国会立法（基本立法）、委托立法。

### 2. 美国法的渊源

(1) 制定法：联邦制定法和各州制定法。

(2) 普通法。

(3) 衡平法。

## (三) 美国宪法

1. 美国宪法：1787 年制定，1789 年生效。

2. 立法、行政、司法三权分立的规定。

3. 前 10 条修正案为著名的“权利法案”。

## (四) 英美司法制度

1. 英国的法院组织：高级法院包括上议院、枢密院司法委员会和最高法院；低级法院包括地方的法院。其中最高法院包括了上诉法院、高等法院和皇家刑事法院三个部分，但上议院才是英国实际上的最高法院。

2. 美国的法院组织：美国有联邦和州两套法院系统。

3. 美国联邦最高法院的司法审查权。1803 年马伯里诉麦迪逊案确立的基本原则：宪法是最高法律，一切普通法律不得与宪法相抵触；联邦最高法院在审理案件时，有权对涉及的法律或法律的某项规定进行违宪审查；经联邦最高法院裁定违宪的法律或法律规定不再具有法律效力。

4. 陪审制度：英国为发源地，陪审团只裁决事实，陪审团裁决一般不许上诉。

5. 辩护制度：对抗制或辩论制，英国传统的律师分为出庭律师和事务律师，出庭律师可以在任何法院出庭辩护，事务律师从事一般法律事务，只能在低级法院出庭辩护。

## (五) 英美法系的特点

1. 以判例法为主要渊源。

2. 以日耳曼法为历史渊源。

3. 法官主导法律发展。
4. 以归纳为主要推理方法。
5. 不划分公法和私法。
6. 诉讼模式采取当事人主义和对抗制。

### 考点解析

关于这个考点，补充下面几点内容：

#### 1. 关于英国的普通法和衡平法

(1) 普通法是指大约在12世纪前后由普通法院发展起来的通行于全国的判例法，它被认为是来源于“国王的普遍习惯”，所以称作普通法，意思是它代替了各地的习惯法而通行于全国。普通法最重要、影响最大的特征是“程序先于权利”，它的含义是：一项权利能否得到保护，首先要看当事人所选择的程序是否正确，如果程序出现错误，其权利就得不到保护。这个特征的形成与普通法的令状制度有直接关系。

(2) 衡平法是英国法渊源中独立于普通法的另一种形式的判例法，是在14、15世纪左右由大法官法院即衡平法院的审判活动形成，以衡平法官的“良心”和“正义”为基础发展起来的一整套法律规则。相比之下，衡平法比普通法具有更有效、多样的救济方法。衡平法的程序简便灵活，法官判案有很大的自由裁量权，因此衡平法被称为“大法官的脚”，可大可小，有很大的伸缩性。与普通法相比，它只是一种“补偿性”的制度，但当衡平法与普通法冲突时，衡平法优先。

#### 2. 关于英美法系的特点

在历史渊源上，英美法系是西欧唯一独立于罗马法之外的法律体系，是在日耳曼法的基础上发展起来的。

(1) 在法律渊源上，英美法系存在着普通法和衡平法之分，虽然有制定法但并不编纂成文法典，判例法占有重要地位。

(2) 以日耳曼法为历史渊源。

(3) 在法官的作用上，英美法系的法官对法律的发展起着重要作用，英美法有“法官造法”之说。

(4) 在法律推理的方法上，由于司法采用判例制，所以思维上主要采用归纳方法。

#### 3. 关于美国法的历史地位

美国法是在批判吸收英国法的基础上建立的适合美国国情的具有美国特色的法律制度，在英美法系中占有重要地位，具体体现在：

(1) 美国创造了对宪法产生深刻影响的近代宪政思想和制度，制定了世界上第一部资产阶级成文宪法，奠定了资产阶级宪法的基本格局，并对整个近代时期的宪法实践发生了深刻影响。

(2) 美国根据宪法的分权原则和本国的实际情况，创造了立法和司法的双轨制，这种体制及其运作为中央和地方关系的协调提供了经验。

(3) 美国刑法率先创造了缓刑制度，并将教育观念和人道主义观念引入刑法的改革。

(4) 美国颁布了世界上第一部反托拉斯法，最早建立了反垄断法制度。

英国法与美国法的比较可见下表。



	法律渊源	宪法	司法制度
英国	普通法：遵循先例、程序优先于权利。 衡平法：“大法官的脚”。 制定法：包括欧盟法、国会立法、委托立法	柔性宪法和不成文宪法	法院级别：上议院、枢密院司法委员会、最高法院（包括上诉法院、高等法院、皇家刑事法院）、地方法院
美国	制定法：联邦法、州法。 普通法：与英国不完全相同。 衡平法：不设单独的衡平法院	1787 年宪法及其修正案	美国双轨制法院：联邦法院和州法院

### 真题演练

- (2003 - 1 - 85)<sup>①</sup> 下列有关美国法的历史地位的何种表述是不正确的？
  - 美国制定了世界第一部资产阶级成文宪法，奠定了资产阶级宪法的基本格局
  - 美国刑法率先创造了赎刑制度
  - 美国创造了立法和司法的双轨制
  - 美国最早建立了反垄断法制
- (2004 - 1 - 17)<sup>②</sup> 衡平法是判例法的一种形式。下列有关衡平法的表述哪一项是不正确的？
  - 衡平法是通过大法官法院的审判活动，以法官的“良心”和“正义”为基础发展起来的
  - 英国 15 世纪正式形成了衡平法院，并逐渐发展为一个独立于普通法的衡平法体系
  - 衡平法程序简便、灵活，法官判案有很大的自由裁量权
  - 衡平法对普通法来说是一种“补偿性”的制度，所以当二者的规则发生冲突时，普通法优先
- (2005 - 1 - 65)<sup>③</sup> 司法制度是一国法律制度的重要组成部分。下列有关各国司法制度的表述哪些是正确的？
  - 19 世纪后期司法改革后，英国取消了普通法和衡平法两大法院系统的区别，统一了法院组织体系
  - “马布里诉麦迪逊”案对美国违宪审查制度的确立具有重要意义
  - 日本明治宪法颁行后，按法国和德国的模式建立了普通法院和行政法院系统
  - 中国清末的司法制度改革与废除领事裁判权有直接关系
- (2006 - 1 - 64)<sup>④</sup> 英国是普通法系的发源地。下列关于英国普通法和衡平法的哪些表述是正确的？
  - 普通法具有“程序先于权利”的特点
  - 普通法的形成是中央集权和司法统一的直接后果
  - 衡平法重实质而轻形式，审判时既不需要令状也不采用陪审制，程序简便灵活
  - 当衡平法与普通法的规则发生冲突时，衡平法优先

① B. 美国刑法率先创造了缓刑制度。  
 ② D. 衡平法对普通法来说是一种“补偿性”的制度，当二者的规则发生冲突时，衡平法优先。  
 ③ ABCD。  
 ④ ABCD。

5. (2007 - 1 - 13)<sup>①</sup> 关于英国陪审制度, 下列哪一选项是错误的?

- A. 陪审制度是民主原则在英国司法中的具体体现
- B. 陪审团既可以就案件事实部分进行判决, 又可以对法律的适用提出意见
- C. 陪审团的裁决一般不能上诉, 但当法官认为陪审团的裁决存在重大错误时, 可以撤销该陪审团, 重新组织陪审团审判
- D. 进入现代社会以来, 由于对司法效率的日益重视, 陪审制度的运用逐渐受到了限制

### 考点三 大陆法系

#### 法学理论

##### (一) 法国、德国法律的历史发展

###### 1. 法国法的历史发展

- (1) 封建时代: 习惯法为主——习惯法成文化——王室立法为主。
- (2) 资产阶级法制: 六法体系, 包括宪法、民法、商法、刑法、民事诉讼法、刑事诉讼法。
- (3) 现代法制: 选举制度改革, 判例作用提高。

###### 2. 德国法的历史发展

- (1) 封建法制: 习惯法汇编《萨克森法典》, 帝国刑法《加洛林纳法典》。
- (2) 近代德国法律体系。
- (3) 魏玛共和国时期法制: 法律社会化, 经济立法、劳工立法的先导。
- (4) 法西斯时期法律: 个人独裁、种族灭绝、恐怖主义。包括《消除人民和国家痛苦法》、《保护德意志人民紧急条例》、《禁止组织新党法》、《德国改造法》、《卡特尔变更法》、《强制卡特尔法》、《世袭农地法》、《德意志血统及名誉保护法》。
- (5) 第二次世界大战之后法律: 民主化改革。

##### (二) 大陆法系的宪法

###### 1. 法国宪法

- (1) 1789 年《人权与公民权利宣言》(以下简称《人权宣言》): 天赋人权、人民主权、资产阶级法制原则(包括法律是公意体现、法律面前人人平等、罪刑法定、法不溯及既往、无罪推定及禁止非法控告等), 成为多部法国宪法的序言。
- (2) 1791 年宪法: 是法国历史上第一部宪法: 君主立宪、三权分立, 积极公民和消极公民的划分。
- (3) 1875 年宪法: 是法国历史上实施时间最长的一部宪法, 责任内阁制, 有参事院的机构设置。它是一部不成文宪法, 由三个宪法文件构成, 包括《参议院组织法》、《政权组织法》、《国家政权机关相互关系法》。
- (4) 1958 年宪法是现行宪法。

<sup>①</sup> B. 英国是现代陪审制的发源地。陪审团的职责是就案件事实部分进行判决, 不可以对法律的适用提出意见。陪审团的裁决一般不能上诉, 但当法官认为陪审团的裁决存在重大错误时, 可以撤销该陪审团, 重新组织陪审团审判。





## 2. 日本宪法

- (1) 1889 年“明治宪法”：是钦定宪法，忽视公民权利，带有明显的封建性和军事性。
- (2) 1946 年“和平宪法”：责任内阁制，放弃战争。

## (三) 大陆法系的民法

### 1. 《法国民法典》：第一部资本主义民法典

- (1) 制定：1804 年，拿破仑主导。
- (2) 特点：体现“个人最大限度自由，法律最小限度干涉”的立法精神；革命性和时代性；保留若干旧残余；结构、语言上的特殊性。
- (3) 基本原则：民事权利平等、私有财产神圣、契约自由、过失责任。
- (4) 历史影响：是典型的资本主义早期民法典，是大陆法系的基础和核心。

### 2. 德国民法典：德国法律科学的集大成者

- (1) 制定：法典的制定受到了萨维尼为首的历史法学的重要影响；1896 年通过，1900 年实施。
- (2) 特点：民法原则有所变化，第一部全面规定法人制度，保留了浓厚的封建残余，立法技术先进。
- (3) 历史影响：是垄断资本主义时期的民法典，它的产生使大陆法系分为法国和德国两个支系。

## (四) 司法制度

1. 法国：王室法院、领主法院、城市法院、巴黎高等法院（终审法院）。
2. 德国：区法院、地方法院、高等法院、帝国法院（最高法院）。

## (五) 大陆法系的特点

1. 以制定法为主要的法律渊源，判例不是法的渊源。
2. 有法典编纂的传统，基本法一般采取法典的形式。
3. 把法律划分为公法和私法。
4. 法官审判主要运用演绎推理。
5. 在诉讼模式上倾向于职权主义，法官起主动作用。

## 考点解析

在这一讲中，有以下三个重大问题务必高度重视：

### 1. 法国宪法

需要重点掌握的是：

(1) 《人权宣言》。《人权宣言》是法国在 1789 年革命高潮中制定的第一部宪法性文件，它第一次明确和系统地提出资产阶级民主和法制的基本原则，具有宪法性质的政治纲领。《人权宣言》提出的民主法制原则主要有：宣布人权是“天赋的”，“神圣不可侵犯的”；确立了“人民主权”、“权力分立”的资产阶级民主原则；提出了一系列资产阶级法制原则，包括法律是公共意志的体现，法律面前人人平等，罪刑法定，法不溯及既往，无罪推定和不得非法逮捕等。

(2) 1791 年宪法。1791 年宪法是法国第一部资产阶级宪法，它以《人权宣言》为序言，其基本内容包括：以孟德斯鸠的君主立宪和分权思想为指导，宣布法国为君主立宪



国，确立三权分立的基本原则；确立资产阶级的各项权利；将公民分为“积极公民”和“消极公民”；继续维护法国殖民统治。

(3) 1875 年宪法。它是法国历史上实施时间最长的一部宪法，这部宪法由三部宪法性文件组成：《参议院组织法》、《政权组织法》、《国家政权机关相互关系法》。1875 年宪法的基本内容是：立法权由参、众两院共同行使。两院都有立法权和行政监督权；总统是国家元首，由参、众两院联席会议选出，任期 7 年，连选连任；规定法国实行责任内阁制。内阁是国家最高管理机关，由议会多数党组成，内阁成员名单由总理提出，以总统名义任命；宪法肯定了拿破仑一世创立的参事院这一国家机构，它是对立法和行政事务进行咨询的咨议机关，同时又是行政法院的最高审级。

法国宪法和日本宪法的比较可以见下表。

	法 典	内 容	特点或地位
法国宪法	1791 年宪法	君主立宪，三权分立；确认资产阶级权利；“积极公民”和“消极公民”的划分	这部宪法结束了封建统治，标志着资产阶级君主立宪制的确立
	1875 年宪法	两院制议会；总统是国家元首；责任内阁制，参事院的设立	法国历史上实施时间最长的一部宪法，最终确立了资产阶级共和制
日本宪法	1889 年明治宪法	君主立宪制，皇权至高无上	钦定宪法和带有明显封建性和军事性的宪法
	1946 年和平宪法	天皇是象征性国家元首；三权分立和责任内阁；放弃战争，仅保留自卫权；扩大国民权利自由	和平宪法

## 2. 1804 年《法国民法典》

1804 年由拿破仑签署命令公布施行。

(1) 从民法典的形式和内容上看，主要有以下特点：法国民法典是典型的资本主义社会早期的民法典，体现“个人最大限度自由，法律最小限度干涉”的立法精神；法典贯彻资产阶级民法的基本原则，具有鲜明的革命性和时代性；法典保留了旧制度的若干残余，在一定程度上维护了传统法律制度；法典重视实际效用，在立法模式、结构、语言方面有自己的特点。

(2) 民法典的主要原则：全体公民事权利平等的原则，这是“天赋人权”理论在民法中的体现；资本主义私有财产权无限制和不可侵犯原则，法典对所有权的定义强调了所有权具有绝对无限制的特点；契约自由原则。即契约一经有效成立，不得随意变更，当事人须依约定，善意履行；过失责任原则，即承担损害赔偿責任以过失为基础。

(3) 《法国民法典》的意义和影响。《法国民法典》是资本主义社会第一部民法典，对 19 世纪许多国家发生的法典编纂运动有重要影响，正是在《法国民法典》的基础上，形成了资产阶级的大陆法系。

## 3. 1900 年《德国民法典》

(1) 《德国民法典》的制定受到学术争议的影响较大。法学界形成以蒂伯特为代表的法典编纂派和以萨维尼为代表的历史法学派。延续几十年的学说之争，使民法典的研究更为深入、理论更加成熟。从 1874 年开始，民法典草案经几次修改后直至 1896 年才被帝国议会通过、皇帝批准。1900 年民法典正式施行。





(2) 民法典基本内容：法典贯彻了近代西方民事立法的一般原则，包括公民私有财产所有权不受限制的原则、契约自由的原则、过失责任原则等。同时，反映了资本主义的自由经济向垄断经济发展的时代特征，如对私人所有权进行了适当限制、在契约的意志表示方面，意志自由开始受到限制；在民事责任方面实行过失责任与无过失责任原则并举；法典规定了法人制度，承认法人为民事权利主体，依法独立享有民事权利和承担民事义务；法典保留了浓厚的封建残余，表现在对容克贵族的土地所有权予以特别保护，在亲属法方面带有明显的中世纪封建家长制的残余；法典在立法技术上讲究逻辑体系严密、概念科学、用语精确。

(3) 民法典的历史地位。《德国民法典》被誉为 19 世纪“德国法律科学之大成”的法律巨作，是德国民法史上的一部重要的法典。它的颁行对统一德国法制，建立自己民族的法律体系有重要作用。《德国民法典》体系完整、用语精确，既体现了自由资本主义时期民法典的基本原则，又反映了垄断时代民法的某些特征。《德国民法典》不仅是德国民法发展的基础，而且对世界上许多国家的民事立法产生直接影响。

法国民法和德国民法的比较可以见下表。

法典名称	制定过程	主要特点	基本原则	历史影响
《法国民法典》	1804 年，拿破仑主导	(1) 典型的资产阶级早期民法代表，体现“个人最大限度自由，法律最小限度干涉”的立法精神； (2) 贯彻了资产阶级民法原则，鲜明的革命性和时代性； (3) 保留了若干旧残余，在一定程度上维护了传统法律制度； (4) 法典在立法模式、结构和语言上有其特殊性	(1) 全体公民民事权利平等原则； (2) 私有财产权 unlimited 和不可侵犯原则； (3) 契约自由原则； (4) 过失责任原则	是资本主义第一部民法典，是大陆法系的基础和核心
《德国民法典》	法典的制定受到了萨维尼为首的历史法学的重要影响；1896 年通过，1900 年实施	(1) 是垄断资本主义时期的民法典，在贯彻资产阶级民法基本原则上有所变化； (2) 第一部全面规定法人制度的民法典； (3) 法典保留了浓厚的封建残余； (4) 立法技术先进		是德国统一后编撰的五部法典中最成功的一部，它的产生，使大陆法系分为法国和德国两个支系

普通法系和大陆法系的简单比较可见下表。

	其他名称	代表国家	法律渊源	主要特点
大陆法系	民法法系、罗马法系、罗马—日耳曼法系	法国、德国	以罗马法为历史渊源，实施中以制定法为主要渊源	(1) 以制定法为主要的法律渊源，判例不是法的渊源。 (2) 有法典编纂的传统，基本法一般采取法典的形式。 (3) 把法律划分为公法和私法。 (4) 法官审判主要运用演绎推理。 (5) 在诉讼模式上倾向于职权主义，法官起主动作用
英美法系	普通法系、英国法系、判例法系	英国、美国	以日耳曼法为历史渊源，以英国普通法为基础，实施中的法律渊源包括普通法、衡平法和制定法	(1) 以判例法为主要渊源。 (2) 以日耳曼法为历史渊源。 (3) 法官主导法律发展。 (4) 以归纳为主要推理方法。 (5) 不划分公法和私法

1. (2004-1-18)<sup>①</sup> 下列有关德国法和法国法的表述哪一项是正确的?

- A. 德国封建时代最著名的习惯法汇编是 1220 年的《加洛林纳法典》
- B. 在拿破仑统治时期, 法国制定了《民法典》、《商法典》、《刑法典》、《民事诉讼法典》和《刑事诉讼法典》, 但尚未形成“六法”体系
- C. 魏玛共和国时期颁布了大量的“社会化”法律, 如《消除人民和国家痛苦法》、《德国改造法》等
- D. 由于德国民法具有“潘德克顿学派”的理论基础, 相对于 19 世纪大陆法系其他国家而言, 其结构更加严谨, 概念更加准确

2. (2006-1-19)<sup>②</sup> 下列关于德国法律制度形成与发展的哪一表述是错误的?

- A. 1532 年颁布的《加洛林纳法典》是一部刑法和刑事诉讼法方面的法律, 对德国封建法的发展具有重要影响
- B. “潘德克顿学派”的思想构成《德国民法典》的理论基础
- C. 希特勒当政期间的德国法坚持维护资产阶级议会制和联邦制
- D. 魏玛共和国时期的法律强调“社会本位”

3. (2007-1-12)<sup>③</sup> 关于古罗马法与近代欧洲大陆法律制度的关系, 下列哪一选项是正确的?

- A. 在罗马法复兴运动中成长起来的法学家阶层, 为近代民法的形成发挥了重要的作用
- B. 大陆法系国家民法中的法人制度和民商分立制度发源于古代罗马法时代
- C. 近现代法律中的“法律面前人人平等”原则之规定没有受到罗马私法精神的影响
- D. 《德国民法典》采用了潘德克顿法学派按照《十二铜表法》阐发的民法体例。

4. (2008-1-59)<sup>④</sup> 关于外国法律制度, 下列哪些选项是正确的?

- A. 罗马法中的继承分为遗嘱继承和法定继承, 早期采取“限定继承”的原则, 后来逐步确立了“概括继承”的原则
- B. 法国 1875 年宪法由《参议院组织法》、《政权组织法》和《国家政权机关相互关系法》三部宪法性文件组成, 不是一部系统完整的宪法法典
- C. 英国制定法在法律渊源中的重要性不如普通法和衡平法, 但其效力 and 地位很高, 可对判例法进行调整、修改
- D. 德意志帝国于 1877 年 1 月 27 日颁布《法院组织法》, 确认了司法独立原则, 规定审判权由独立的法院行使, 审判只服从法律, 法官实行终身制

① D. 德国封建时代最著名的习惯法汇编是 1220 年的《萨克森法典》。在拿破仑统治时期, 法国形成“六法”体系。魏玛共和国时期颁布了大量的“社会化”法律, 包括经济立法和劳工立法。

② C. 希特勒当政期间废除了资产阶级议会制和联邦制。

③ A. 在罗马法复兴运动中成长起来了一大群法学家阶层, 他们为近代民法的形成发挥了重要的作用。德国民法典规定了法人制度, 这是一种制度创新, 与古代罗马法的法人制度完全不同。另外, 近现代法律中的“法律面前人人平等”原则受到罗马私法精神的影响。《德国民法典》采用了潘德克顿法学派的观点, 按照《学说汇纂》而不是《十二铜表法》阐发的民法体例。

④ BCD. 罗马法中的继承分为遗嘱继承和法定继承, 遗嘱继承优于法定继承。早期采取“概括继承”的原则, 后来逐步确立“限定继承”的原则。



5. (2009-1-16)<sup>①</sup> 关于德国法律制度,下列哪一表述是正确的?
- A. 德国统一前普鲁士曾制定过《禁止组织新党法》
- B. 德国 1877 年《民事诉讼法》确认了司法独立原则
- C. 德国 1900 年《民法典》被誉为 19 世纪“德国法律科学之大成”
- D. 希特勒统治时期颁布了以种族主义和恐怖主义为指导的《加洛林纳法典》
6. (2009-1-59)<sup>②</sup> 关于法律权利的表述,下列哪些选项是正确的?
- A. 平民为争取权利同贵族进行的长期斗争,客观上加速了罗马氏族制度的瓦解,促进了罗马奴隶制国家与法律的形成
- B. 美国宪法修正案中影响较大的是关于公民权利的宪法前 10 条修正案、南北战争后关于废除奴隶制并承认黑人选举权的修正案、20 世纪以来关于扩大选举权男女享受平等权利的修正案等
- C. 《法国民法典》根据“天赋人权”理论规定了全体公民民事权利平等的原则
- D. 1888 年完成的《德国民法典》第一草案被认为过于追求罗马法化而忽视民族传统,注重资本家的利益而缺乏对弱者权利的保护而受到多方批评

## 附 中西法制史之最

1. 《法经》:中国历史上第一部比较系统的封建成文法典。
2. 《永徽律疏》:中国历史上保存最完整、最早、最有影响的古代成文法典。
3. 《唐六典》:第一次以法典形式规定了法官回避制度。
4. 《宋刑统》:中国历史上第一部刊印颁行的法典。
5. 《洗冤集录》:世界上最早的法医学著作。
6. 《明大诰》:中国法制史上最普及的法规。
7. 《大清律例》:中国历史上最后一部封建成文法典。
8. 《钦定宪法大纲》:中国近代史上第一个宪法性文件。
9. 《大清新刑律》:第一部近代意义上的专门刑法典。
10. 《中华民国临时约法》:中国历史上最早的资产阶级宪法性文件。
11. 《中华民国宪法》(1923 年贿选宪法):中国近代史上首部正式颁行的宪法。
12. 《国法大全》:它的问世标志着罗马法已经发展到最发达、最完备阶段。
13. 1789 年《美国宪法》世界上第一部资产阶级成文宪法。
14. 美国刑法率先创造了缓刑制度,将教育观念和人道主义观念引入刑法的改革。
15. 美国颁布了世界上第一部反托拉斯法,最早建立了反垄断法制。
16. 1804 年《法国民法典》资本主义社会第一部民法典,是大陆法系的核心与基础。
17. 魏玛共和国时期的德国是世界经济立法和劳工立法的先导。
18. 1900 年《德国民法典》第一次全面规定了法人制度。

① C。该题考查德国的法制的发展。A 项中《禁止组织新党法》是希特勒时期的法律,而 D 项中的《加洛林纳法典》是封建后期的帝国时代的法律,比希特勒的要早几百年。B 项中,是《法院组织法》确立了司法独立原则。因此,本题答案是 C。

② ABCD。选项全部正确。



# 第三章 司法制度和法律职业道德



## 导 论

该部分内容在司法考试中所占比重很少，每年的题目约 8 道，共考查 13 分左右。本部分内容少、难度低，与其他部门法相比，无论是理论深度还是题目难度，本部分试题都是最简单的。正因如此，该部分内容具有其他部门法所不具有的优势，那就是：

1. 复习效率高。司法制度的内容散见于部门法中，不用刻意掌握就能知道大概；法律职业道德的内容集中于律师、法官和检察官的职业道德规范，多从“不能从事的活动、执业过程中的不当行为、相应权利义务”等角度考查，不少规范可用常理推测，所涉及的重点法条比较集中，因此只要付出一定的努力，得到的回报是立竿见影的。

2. 得到的分数高。复习过程中，只要能抓住要点并结合诉讼法的基本知识，是很容易得分的，甚至是本部分的满分。虽然共 10 多分的分值看似不值一提，但失败往往就是差了那么一点点。而且，相对于《民法》等大法来讲，即使复习了很多遍，仍然要丢掉几乎 40% 的分数。性价比如此之高的司法制度和法律职业道德，我们不容忽视。

司法制度和法律职业道德的重点比较突出，主要集中在审判制度、律师制度以及法官、检察官和律师的职业道德规范上，法律援助制度和公证制度地位稍低，但自从列入大纲开始，每年也会有 1 道题目出现。随着题目综合考查的力度加大，对知识系统掌握、对比掌握的要求提高，在 2008 年司法考试的第四卷中，出现了简答题，考生对此也应予以注意。

## 第十一讲 司法制度和法律职业道德概述

**【本讲概要】** 本讲内容比较基础，考生可理解记忆，并从宏观上予以把握。本讲重点内容包括：司法制度、法律职业道德的特征。

### 考点一 司法和司法制度概念

#### 考点解析

##### 1. 司法的概念

资产阶级启蒙思想家孟德斯鸠第一次全面论述了“司法”的问题。在实行三权分立的国家，所谓司法就是审判，司法权就是审判权，司法机关仅指法院，而检察权则是作为行政权的一部分。

中国古代并无“司法”这一概念，“司法”一词是我国清朝末年从西方引进的。因此，那时的司法权就是指审判权。在现代，我国的司法是指检察院与法院的诉讼活动。

##### 2. 司法制度的概念

司法制度，是指有关司法机关和司法组织的性质、任务、组织体系、权利义务、活动原则以及工作制度等方面规范的总称。

狭义的司法制度，在实行三权分立的国家是指审判制度，在我国则是指审判制度和检察制度。

广义的司法制度包括审判制度、检察制度、律师制度和公证制度。对司法制度一般从广义上来理解。

##### 3. 司法制度的范围

司法机关是指审判机关和检察机关，而司法组织则应包括律师组织、公证组织等。司法制度除审判制度和检察制度外，还应包括律师制度、公证制度等。

#### 真题演练

1. (2006-1-87)<sup>①</sup> 下列关于司法制度和司法权的哪些表述是正确的？
- A. 在中国古代，没有司法的概念，也没有司法的活动
- B. 我国清朝末年引进西方的司法制度，将行使检察权的机关附设在大理院或同级审判厅
- C. 新中国的司法制度是独立创建的，没有受到其他国家的影响

<sup>①</sup> BD。司法的特征包括民主性、终局性、公正性、效率性、独立性等。就终局性来讲，人民法院的审判活动最终解决各种社会纠纷或争议，具有终局性的特点。但是，人民检察院作出的决定有时也有终局性，例如，人民检察院的不起诉决定一经作出，立即生效，诉讼活动即告终局，因此也具有终局性。





D. 按照对司法特性的理解,我国检察院作出的决定有时也具有终局性

2. (四川 2008-1-88)<sup>①</sup> 关于司法、司法制度的表述,下列哪些选项是正确的?

A. 当代中国的律师在保障公民权利、实现司法公正、推进社会发展方面正起着越来越重要的作用

B. 法官职业要求慎独,以免影响中立审判

C. 西方资本主义国家的检察机关大多隶属于行政机关的司法行政部门,主要任务是进行刑事诉讼

D. 与司法公正相比,司法效率更具有实在性和可见性

3. (2009-1-47)<sup>②</sup> 关于司法和司法制度,下列哪一选项是错误的?

A. 现代社会,司法构成社会纠纷解决体系中最具普适性的方式,法院已成为最主要的纠纷解决主体

B. 法官自由裁量应力求达到合法与合理高度统一,尽可能地减少法律适用过程中的不确定性,防止司法擅断与专横

C. 通过对不同的案件采用不同的诉讼费用分担机制,能够影响诉讼各方的行为方式,实现诉讼费用的“配置效率”

D. 司法机关特别是最高法院参与公共政策的制定,表现出司法权在国家权力配置与运作中的越位

## 考点二 司法的功能

### 考点解析

1. 直接功能——解决纠纷(与此相联系的是司法还具有惩罚功能)。

2. 调整社会关系。

3. 解释和补充法律——法官自由裁量。

4. 形成公共政策。

## 考点三 司法公正、司法效率与司法独立

### 考点解析

#### 1. 司法公正

司法公正包括实体公正和程序公正两个方面。

司法公正是抽象的,又是实实在在的。司法公正主要由以下要素构成:①司法活动的公开性;②裁判人员的中立性;③当事人地位的平等性;④司法过程的参与性;⑤司法活动的合法性;⑥案件处理的正确性。

#### 2. 司法效率

司法效率主要由以下要素构成:①司法机构的精简性;②司法人员的专业性;③权责

① ABCD。

② D。



的科学性和明确性；④程序的简明性和终结性；⑤期间的适度性和严格性；⑥诉讼费用分担的合理性。

司法效率与司法公正的关系：效率与公正都是理想型司法所追求的目标，有其相辅相成的一面；但由于效率具有绝对性而公正具有相对性，所以司法效率与司法公正又存在着内在的紧张关系；在司法价值取向问题上，当前我们选择“公正优先，兼顾效率”的价值目标。

### 3. 司法独立

我国的司法独立主要包括以下两层含义：

(1) 人民法院、人民检察院独立行使审判权、检察权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。

(2) 人民法院、人民检察院独立行使审判权、检察权，必须严格遵守宪法和法律的各项规定。

## 真题演练

1. (2008-1-47)<sup>①</sup> 关于司法和司法制度，下列哪一选项是正确的？

A. 效率是司法的内在要求和本质反映，是法治的灵魂和核心，强调的是尽可能地快速解决纠纷、多解决纠纷，尽可能地节省和充分利用各种司法资源

B. 从总体上看，司法具有解决纠纷的直接功能和调整社会关系、解释和补充法律、形成公共政策、秩序维持、文化支持等间接功能

C. 根据现代司法的独立性特点，一切案件或纠纷，一旦进入司法程序，由司法机关依法作出生效的判决、裁定或决定，任何机关和个人都不应再作处理

D. 德国和法国虽然政治制度相同，但德国建立了联邦和州两套法院机构，法国则建立了全国统一的法院机构

2. (四川 2008-1-89)<sup>②</sup> 关于司法公正的理解和看法，下列哪些选项是正确的？

A. 司法公正是法律精神的内在要求，是法治的组成部分和基本内容

B. 司法公正要求裁判者与裁判的结果没有利益相关性，否则不可能客观、中立地解决纠纷

C. 司法公正要求法官在解决纠纷过程中要充分倾听双方当事人的主张，平等保障当事人的司法参与权

D. 司法公正要求法官在核实证据和认定事实的基础上，正确适用程序法和实体法，对案件作出恰当的处理

3. (2009-1-48)<sup>③</sup> 效率与公正都是理想型司法追求的目标，同时也是理想型司法应具备的两个基本要素。关于两者的关系，下列哪一说法是错误的？

A. 司法效率和司法公正是相辅相成的

B. 根据我国司法现状应当作出“公正优先、兼顾效率”的价值选择

① B。公正是司法的内在要求和本质反映是法治的灵魂和核心，因此 A 错误。现代司法的独立性是指司法机关只服从法律，不受上级机关、行政机关的干涉。而一切案件或纠纷，一旦进入司法程序，由司法机关依法作出生效的判决、裁定或决定，任何机关和个人都不应再作处理，是司法终局性的表现。故 C 错误。德国与法国一样，都是建立了全国统一的法院机构，故 D 错误。

② ABCD。

③ C。



- C. 细化诉讼程序通常导致效率低下，效率和公正难以兼得  
D. 司法工作人员提高业务水平，勤勉敬业，有利于促进司法公正和效率

## 考点四 法律职业的概念和特征

### 考点解析

法律职业是以律师、法官、检察官为代表的，受过专门的法律专业培训，具有精良的法律知识、娴熟的法律技能与严格的法律伦理的司法工作者所构成的自治性共同体。

在我国，法律职业主要指应用类法律人才，主要包括律师、法官、检察官和公证员。

一般而言，法律职业的特征主要表现在法律职业的政治属性、法律属性、行业属性和专业属性上。

## 考点五 法律职业道德的概念、特征和基本原则

### 考点解析

#### 1. 法律职业道德的概念和特征

法律职业道德是指法官、检察官、律师、公证员等法律职业人员所应遵循的行为规范的总和，是社会道德体系的重要组成部分，是社会道德在法律职业领域的具体体现和升华。

应当认识到，不同法律职业人员在职业道德上的具体要求存在差异，具有鲜明的行业属性。

法律职业道德与一般社会道德相比，具有主体的特定性、职业的特殊性和更强的约束性的特征。

#### 2. 法律职业道德的基本原则

法律职业道德的基本原则主要包括：

- (1) 忠实执行宪法和法律，维护法律的尊严；
- (2) 以事实为根据，以法律为准绳；
- (3) 严明纪律，保守秘密；
- (4) 互相尊重，互相配合；
- (5) 恪尽职守，勤勉尽责；
- (6) 清正廉明，遵纪守法。

### 真题演练

1. (2003-1-29)<sup>①</sup> 下列关于法律职业道德基本原则的表述，哪一项是不正确的？  
A. 法律职业道德的基本原则是法律职业道德的基本尺度、基本纲领和基本要求  
B. 法律职业道德的基本原则可以直接作为确定法律职业人员具体职业责任的法律

<sup>①</sup> B。



依据

C. 由于法律职业道德基本原则是共同的，它们就构成法律职业人员共同遵循的基本要求

D. 在不同的社会制度中，法律职业道德基本原则的要求有不同的内容

2. (2004 - 1 - 47)<sup>①</sup> 下列关于法律职业道德的表述哪一项是不正确的?

A. 法律职业道德是法律职业人员所应遵循的行为规范的总和

B. 法律职业道德是社会道德体系的重要组成部分，与一般社会道德相比具有职业特殊性

C. 法律职业道德具有规范作用和法律上的普遍强制作用

D. 法律职业道德在一定层面上可以表现为特定的法律规范



---

<sup>①</sup> C。

## 第十二讲 审判制度

**【本讲概要】** 审判制度是我国重要的司法制度，内容散见于宪法、三大诉讼法以及法院组织法中。由于和部门法联系紧密，故掌握时应当联系记忆。

### 考点一 审判制度概述

#### 考点解析

1. 概念：审判制度即法院制度，是指国家有关法院组织和活动的法律制度。
2. 我国审判制度的特征：
  - (1) 人民法院由国家权力机关产生并受其监督。
  - (2) 人民法院统一设立并独立行使审判权。
  - (3) 审判活动实行某些特有的原则和制度。包括以事实为根据、以法律为准绳的原则，专门机关与群众路线相结合的原则以及人民陪审员制度、法院调解制度，死刑复核制度和审判监督制度等。
3. 审判类型：刑事审判、民事审判、行政审判。

#### 真题演练

- (2006-1-47)<sup>①</sup> 下列有关审判制度的哪种说法是错误的？
- A. 我国的审判制度是在“议行合一”的制度框架下建立的
  - B. 按照我国现行法律的规定，独立行使审判权的主体是法院
  - C. 世界上许多国家的诉讼活动实行审判中心主义，其侦查起诉程序被称为“审判前程序”
  - D. 实行三权分立的国家，其法院和政府均隶属于议会，议会对它们的权力进行制约

### 考点二 人民法院的设置和职权

#### 考点解析

根据人民法院组织法的规定，人民法院由地方各级人民法院、专门人民法院和最高人民法院组成。其中，地方各级人民法院分为基层人民法院、中级人民法院和高级人民法院；专门人民法院包括军事法院、海事法院和铁路运输法院。

各人民法院的主要职权为：

<sup>①</sup> D。



基层人民法院：审判案件并指导人民调解委员会的工作。

中级人民法院：审判案件并监督辖区内基层人民法院的审判工作。

高级人民法院：审判案件，复核中级人民法院判处死刑的，被告人不上诉的第一审刑事案件，核准中级人民法院判处死刑缓期2年执行的案件，监督辖区内下级人民法院的审判工作。

军事法院：主要受理审判军人违反职责的案件，此外，还审理涉及军人的普通刑事案件及军内经济纠纷等案件。

铁路运输法院：审判相关刑事案件和有关经济纠纷案件。

海事法院：专门审理一审海事、海商案件，其建制相当于中级人民法院。

注意：海事法院不审理刑事案件。

### 考点三 审判组织

#### 考点解析

我国法院的审判组织有三种：

1. 独任庭。
2. 合议庭。组成人员为单数。

3. 审判委员会。审判委员会是人民法院内部对审判工作实行集体领导的组织形式，是人民法院的最高审判组织。任务有：总结审判经验；讨论重大、复杂或疑难案件；讨论其他与审判工作有关的问题。

审判委员会会议由院长主持；院长因故不能参加时，可委托一名副院长主持。审判委员会会议必须由超过半数以上的委员出席方能举行。审判委员会作出的决议，须经审判委员会全体委员半数以上通过。同级人民检察院检察长可以列席并发表意见，但不参加表决。

注意审判委员会委员的任免，是由院长提请同级人大常委会任免。

#### 真题演练

1. (2008-1-90)<sup>①</sup> 关于法律职业的有关表述，下列哪些选项可以成立？

A. 两名法学院的学生讨论从事法律职业的条件。左同学认为：曾因犯罪受过刑事处罚者不能担任检察官。孔同学认为：年龄23周岁以上65周岁以下者可以担任公证员。左同学的说法正确而孔同学的说法不正确

B. 甲市中级法院审判委员会讨论曾某强奸案。田法官认为：市中级法院李院长因病不能参加会议，委托不是常务副院长的孙副院长主持会议，委托无效。林检察官认为：市检察院王检察长在审判委员会讨论此案时可以列席，但不能发表意见，也不能参加表决。田法官的说法正确而林检察官的说法不正确

C. 乙县法院孙法官在审理某承揽合同纠纷案件时，遗漏主要证据、重要情节导致裁判错误，造成了严重后果，受到警告处分。乙县检察院检察官张某在办理案件中非法拘禁

<sup>①</sup> ACD。



当事人，受到记过处分。对这二人违反工作纪律行为的处罚正确

D. 丙律师事务所是一家有 60 名执业律师的合伙所，为扩展业务决定到某沿海城市设立分支机构，并委派专人办理有关审核事宜。法律援助对象鄂某要求丙律师事务所的法律援助服务人员尊重和保护自己的隐私权。这两个行为均符合法律的规定

2. (四川 2008 - 1 - 90)<sup>①</sup> 下列哪些判断可以成立？

A. 王说：对曾因故意犯罪受过刑事处罚的申请人不予颁发律师执业证书。判断：这个说法正确

B. 对于某法院讨论郑某杀人案的审判委员会会议，任法官认为，审判委员会委员共有 13 人，虽实际只有 8 人到会，会议能够召开。判断：任法官的说法正确

C. 公证员马某利用职务之便将公证费 7 000 余元据为己有，被法院判决职务侵占罪成立，免予刑事处罚，并被司法行政部门处以罚款 3 000 元和停止执业 3 个月。判断：对马某的处罚正确

D. 某高级法院刑一庭的何庭长以其审理中的案件的具体情况为例，在家里对正在读法学本科的儿子讲解某一刑法原理。判断：这种行为符合法律的规定

## 考点四 法官的条件与任免

### 重点法条

#### 《法官法》

★<sup>②</sup>第九条 担任法官必须具备下列条件：

- (一) 具有中华人民共和国国籍；
- (二) 年满二十三岁；
- (三) 拥护中华人民共和国宪法；
- (四) 有良好的政治、业务素质和良好的品行；
- (五) 身体健康；

(六) 高等院校法律专业本科毕业或者高等院校非法律专业本科毕业具有法律专业知识，从事法律工作满二年，其中担任高级人民法院、最高人民法院法官，应当从事法律工作满三年；获得法律专业硕士学位、博士学位或者非法律专业硕士学位、博士学位具有法律专业知识，从事法律工作满一年，其中担任高级人民法院、最高人民法院法官，应当从事法律工作满二年。

本法施行前的审判人员不具备前款第六项规定的条件的，应当接受培训，具体办法由最高人民法院制定。

适用第一款第六项规定的学历条件确有困难的地方，经最高人民法院审核确定，在一定期限内，可以将担任法官的学历条件放宽为高等院校法律专业专科毕业。

★第十条 下列人员不得担任法官：

- (一) 曾因犯罪受过刑事处罚的；

<sup>①</sup> ABCD。

<sup>②</sup> ★的个数表示法条的重要程度。







(二) 曾被开除公职的。

★第十三条 法官有下列情形之一的，应当依法提请免除其职务：

- (一) 丧失中华人民共和国国籍的；
- (二) 调出本法院的；
- (三) 职务变动不需要保留原职务的；
- (四) 经考核确定为不称职的；
- (五) 因健康原因长期不能履行职务的；
- (六) 退休的；
- (七) 辞职或者被辞退的；
- (八) 因违纪、违法犯罪不能继续任职的。

★第十四条 对于违反本法规定的条件任命法官的，一经发现，做出该项任命的机关应当撤销该项任命；上级人民法院发现下级人民法院法官的任命有违反本法规定的条件的，应当建议下级人民法院依法撤销该项任命，或者建议下级人民法院依法提请同级人民代表大会常务委员会撤销该项任命。

### 考点解析

法官的任职的积极条件参照《法官法》第9条予以掌握。法官任职的消极条件只有两条：曾因犯罪受过刑事处罚或者曾被开除公职的。不管是因故意犯罪还是过失犯罪而受到刑事处罚，都不能担任法官，此条规定与检察官的任职消极条件一致。

注意理解不同法院的法官其任免有不同的程序（如下表所示）。

级 别	法 官	选举罢免机关
最高人民法院	院长	全国人大
	副院长、审委会委员、(副)庭长、审判员	全国人大常委会
地方（包括民族自治地方）各级人民法院	院长	地方各级人大
	本级人大常委会	副院长、审委会委员、(副)庭长、审判员
按地区设立的和在直辖市内设立的中级人民法院	院长	由主任会议提请省、自治区、直辖市人大常委会
	副院长、审委会委员、(副)庭长、审判员	由高级人民法院院长提请省、自治区、直辖市人大常委会
各级人民法院	助理审判员	本院院长
军事法院等专门人民法院	院长、副院长、审判委员会委员、庭长、副庭长和审判员	全国人大常委会另行规定

## 考点五 法官的任职回避

### 重点法条

《法官法》

★★★第十五条 法官不得兼任人民代表大会常务委员会的组成人员，不得兼任行政机关、检察机关以及企业、事业单位的职务，不得兼任律师。



★★★第十六条 法官之间有夫妻关系、直系血亲关系、三代以内旁系血亲以及近姻亲关系的，不得同时担任下列职务：

- (一) 同一人民法院的院长、副院长、审判委员会委员、庭长、副庭长；
- (二) 同一人民法院的院长、副院长和审判员、助理审判员；
- (三) 同一审判庭的庭长、副庭长、审判员、助理审判员；
- (四) 上下相邻两级人民法院的院长、副院长。

★★★第十七条 法官从人民法院离任后二年内，不得以律师身份担任诉讼代理人或者辩护人。

法官从人民法院离任后，不得担任原任职法院办理案件的诉讼代理人或者辩护人。

法官的配偶、子女不得担任该法官所任职法院办理案件的诉讼代理人或者辩护人。

### 《律师法》

★★★第四十一条 曾经担任法官、检察官的律师，从人民法院、人民检察院离任后二年内，不得担任诉讼代理人或者辩护人。

### 考点解析

法官的任职回避是常考内容，必须牢记以上法条。同时注意以下几点：

1. 《法官法》第17条第1款的规定与《律师法》第41条的意思一致，只是表述上稍有差别。

2. 法官从人民法院离任后，再也不能担任原任职法院办理案件的诉讼代理人或辩护人。

3. 现任法官的配偶、子女不能担任其所任职的法院办理案件的诉讼代理人或辩护人。但是该条并没有排除现任法官的父母和其他近亲属，此种情形可依据《最高人民法院、司法部关于规范法官和律师相互关系维护司法公正的若干规定》第4条，以回避的方法解决。

## 考点六 法官的惩戒

### 重点法条

#### 《法官法》

★第三十二条 法官不得有下列行为：

- (一) 散布有损国家声誉的言论，参加非法组织，参加旨在反对国家的集会、游行、示威等活动，参加罢工；
- (二) 贪污受贿；
- (三) 徇私枉法；
- (四) 刑讯逼供；
- (五) 隐瞒证据或者伪造证据；
- (六) 泄露国家秘密或者审判工作秘密；
- (七) 滥用职权，侵犯自然人、法人或者其他组织的合法权益；



- (八) 玩忽职守,造成错案或者给当事人造成严重损失;
- (九) 拖延办案,贻误工作;
- (十) 利用职权为自己或者他人谋取私利;
- (十一) 从事营利性的经营活动;
- (十二) 私自会见当事人及其代理人,接受当事人及其代理人的请客送礼;
- (十三) 其他违法乱纪的行为。

★第四十条 法官有下列情形之一的,予以辞退:

- (一) 在年度考核中,连续两年确定为不称职的;
- (二) 不胜任现职工作,又不接受另行安排的;
- (三) 因审判机构调整或者缩减编制员额需要调整工作,本人拒绝合理安排的;
- (四) 旷工或者无正当理由逾假不归连续超过十五天,或者一年内累计超过三十天的;
- (五) 不履行法官义务,经教育仍不改正的。

### 考点解析

法官应当约束自己的行为,尤其应当注意的是:法官不得参加旨在反对国家的集会、游行、示威等活动,参加罢工;不得从事营利性的经营活动;不得私自会见当事人及其代理人,接受当事人及其代理人的请客送礼。

法官有第32条所列行为之一的,应当给予处分;处分的类型分为警告、记过、记大过、降级、撤职、开除。

法官的辞退情形与法官职务的免除情形容易混淆,注意以下几种情形:

1. 连续两年的年度考核被确定为不称职——辞退。
2. 不接受工作安排、旷工——辞退。
3. 不履行法官义务,经教育仍不改正——辞退。
4. 丧失中国国籍——免职。
5. 经考核确定为不称职——免职。
6. 辞职或者被辞退——免职。
7. 因违纪、违法犯罪不能继续任职——免职。

## 考点七

### 审判制度的基本原则

#### 考点解析

##### 1. 不告不理原则

不告不理是指没有原告的起诉,法院就不能进行审判。具体包括两层含义:一是没有原告的起诉,法院不得启动审判程序;二是法院审判的范围应与原告起诉的范围相一致,法院不得对原告未提出诉讼请求的事项进行审判。

我国三大诉讼法没有明确规定不告不理的审判原则,但是其具体规定体现了这一精神。

##### 2. 审判权独立原则

我国宪法、人民法院组织法和三大诉讼法均规定,人民法院依照法律规定独立行使审



判权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。

随着司法改革的不断深化，我国现在既实行法院独立审判，又逐步实行法官独立审判。

无论是法院独立还是法官独立，都应处理好以下关系：①与党的领导的关系，不能以审判独立为名排斥党在政治上、思想上的领导。②与国家权力机关的监督的关系，人民法院必须向人大及其常委会报告工作，听取意见和建议，主动接受质询和评议。③与上级人民法院对其审判工作的监督的关系，这种监督主要是通过二审程序和审判监督程序进行。

### 3. 直接、言辞原则

是指审理案件的审判人员（包括法官和陪审员）必须在法庭上亲自听取当事人、证人和其他诉讼参与人的口头陈述，对于案件事实和证据必须由双方当事人当庭口头提出并以口头辩论和质证的方式进行庭审调查。

人民法院按照普通程序审理案件时应当严格遵循直接、言辞原则，但按照简易程序审理案件时则可以有所例外。

### 4. 审判及时原则

是指人民法院审判案件应在法律规定的期限内进行，而且应尽量做到快速结案。

三大诉讼法对人民法院审判案件的期限以及民事、刑事简易程序的建立就是该原则的体现。

### 5. 集中审理原则

又称不间断审理原则，是指法庭对各类诉讼案件的审理原则上应当持续进行，除了必要的休息时间以外，不得中断审理。我国三大诉讼法没有对法庭审理的不间断性作出明确要求。实践中往往有交叉审理几个案件的情况，应予以改变和纠正。

## 真题演练

1. (2005-1-48)① 李法官在审理一起二审民事案件中的哪一种做法违反了维护审判独立的原则？

A. 某市领导电话暗示此案只能判原告胜诉，李法官表示理解，但未作任何承诺，事后也没有采纳这位领导的意见

B. 就案件中的一个疑难问题，李法官查阅了资料，但对其中几个概念不甚明了，于是就此向某大学教授请教

C. 本案一审法官张某来访，李法官予以接待并宴请，席间张某就此案发表了个人意见，李法官表示“可以考虑”，并在数日后制作判决书时打电话征求张某意见

D. 原告上书市人大对本案审理程序提出异议，市人大常委会向法院提出询问，李法官根据院长指示，向市人大提交了一份书面报告，就有关问题作出解释

2. (2006-1-89)② 下列关于审判制度基本原则的哪些理解是正确的？

A. 不告不理原则体现了审判权的被动性，是审判中立的根本要求

B. 一切审判程序都必须适用直接原则和言辞原则

C. 审判权独立行使原则与法律监督之间在根本上不存在矛盾

① C。

② ACD。

## 考点八 审判工作的主要制度

### 考点解析

#### 1. 两审终审制度

两审终审制度是指一个案件经过两级法院的审判即宣告终结的制度。但最高人民法院管辖的案件实行“一审终审”，基层人民法院按照民事诉讼法规定的特别程序审理的选民资格案件、宣告失踪案件、宣告死亡案件、认定公民无行为能力案件、认定公民限制行为能力案件和认定财产无主案件亦实行“一审终审”。判处死刑的案件是“三审终审”。

#### 2. 审判公开制度

所谓审判公开，是指人民法院的审判活动向社会公开的制度，具体是指人民法院对案件的审理和判决，除法律有特别规定的以外，都应当在法庭上公开进行，允许群众旁听，允许新闻记者采访和报道。

根据三大诉讼法的规定，下列四种案件不公开审理：

- (1) 涉及国家秘密的案件；
- (2) 涉及个人隐私的案件；
- (3) 未成年人犯罪的案件；14周岁以上不满16周岁的未成年人犯罪的案件，一律不公开审理。16周岁以上不满18周岁未成年人犯罪的案件，一般也不公开审理。
- (4) 经当事人依法申请，人民法院决定不公开审理的某些民事案件。对于不公开审理的案件，审判长或独任审判员应当当庭宣布不公开审理的理由。

#### 3. 人民陪审员制度

人民陪审员制度是我国法律规定的由审判员和人民陪审员组成合议庭对案件共同进行审判的一项制度。

(1) 人民陪审员制度是我国各级人民法院审理第一审刑事、民事、行政案件所实行的一项审判制度。

(2) 担任人民陪审员应满足下列条件：拥护我国宪法；年满23周岁；品行良好、公道正派；身体健康；一般应当具有大专以上学历文化程度。

人大常委会的组成人员、公安局、人民检察院、人民法院、司法行政机关、国家安全机关和执业律师等人员不得担任人民陪审员。因犯罪受过刑事处罚的或被开除公职的人员也不得担任人民陪审员。

(3) 符合条件的公民可以由其所在单位或户籍所在地的基层组织向基层人民法院推荐，或者本人提出申请，基层法院会同司法行政部门进行审查，由基层人民法院的院长提出人民陪审员人选，提请同级人大常委会任命。

(4) 除适用简易程序和法律另有规定以外，人民法院审判下列第一审案件，由人民陪审员和法官组成合议庭进行：①社会影响较大的案件；②刑事案件被告人、民事案件原告或被告、行政案件的原告申请人民陪审员参加合议庭审判的案件。

(5) 参加审判的人民陪审员由人民陪审员名单中随机抽取确定。中级、高级人民法院确定人民陪审员时，在其所在城市的基层人民法院的人民陪审员名单中随机抽取。



(6) 人民陪审员参加人民法院的审判活动,和法官具有同等权利,但不得担任审判长。

#### 4. 审判监督制度

审判监督制度,又称再审制度,是指人民法院对已经发生法律效力判决和裁定依法重新审判的一种特殊审判制度。

#### 5. 司法建议制度

司法建议,是指人民法院在审判活动中,针对有关单位在机制、制度、管理等方面存在的问题,以人民法院的名义提出堵塞漏洞,消除隐患,改进管理或追究有关当事人的党纪、政纪责任的建议或意见。司法建议不具有法律约束力。

### 真题演练

1. (2006-1-48)<sup>①</sup> 根据刑事诉讼法、民事诉讼法和行政诉讼法的规定,有四类案件实行不公开审理。下列哪一项不属于不公开审理的范围?

- A. 已满 16 周岁的张某抢劫案
- B. 刘某以性生活不和谐提出与丈夫离婚且申请不公开审理的案件
- C. 著名艺人王某起诉某报社和厂家侵犯其肖像权且以涉及个人隐私为由申请不公开审理的案件
- D. 甲公司起诉陈某和乙公司侵犯其技术秘密且申请不公开审理的案件

2. (2006-1-90)<sup>②</sup> 下列关于我国审判制度和检察制度的哪些表述存在错误之处?

- A. 凡是职务犯罪和重案都是检察院自侦的;只有检察院才有批捕权、公诉权;检察院还可以对民事案件进行抗诉
- B. 法院实行审判公开,除非法有例外规定,记者都可以采访报道案件;除非法有例外规定,没有在庭上口头调查过的证据,一律不能作为定案的证据
- C. 律师可以为犯罪嫌疑人提供法律咨询,代理申诉、控告,申请取保候审;检察院应当保证律师的会见权和阅卷权
- D. 在审判制度中实行“两审终审制”,从来没有过“一审终审”的情况

3. (四川 2008-1-47)<sup>③</sup> 我国诉讼案件的审判程序有刑事审判程序、民事审判程序和行政审判程序三种。关于审判程序,下列哪一选项是正确的?

- A. 我国三种审判程序的基本原则和基本制度都是一样的
- B. 刑事审判程序的地位优于民事审判程序
- C. 我国三种审判程序的进程划分有所不同
- D. 民事审判程序与行政审判程序的证明责任的分配相同

① C。  
② AD。  
③ C。





## 第十三讲 法官职业道德和职业责任

【本讲概要】 法官职业道德是考试的重点内容，必须掌握。

### 考点一 法官职业道德的概念和特征

#### 重点法条

《法官职业道德基本准则》

★★第四十六条 法官退休后应当继续保持自身的良好形象，避免因其不当言行而使公众对司法公正产生合理的怀疑。

★★第四十七条 各级人民法院指导、监督本院法官遵守本准则。

★★第四十八条 人民陪审员依法履行审判职责期间，应当遵守本准则。人民法院的行政人员和法警，参照执行本准则的有关规定。

#### 考点解析

法官职业道德，是法官在行使审判权、履行审判职能的过程中或者从事与之相关的活动时，应当遵守的行为规范的总称。

法官职业道德具有以下特征：第一，约束对象是各级法院法官、履行审判职责期间的人民陪审员、人民法院的行政人员、法警以及退休的法官。第二，规范的主要是法官履行司法职务的行为，但对司法活动有影响的业外活动也受约束。第三，除职业道德的具体规范外，法官的职业道德观念也是其职业道德的重要部分。

#### 真题演练

(2002-1-76)<sup>①</sup> 法官职业道德适用的对象包括下列哪些人员？

- A. 各级法官
- B. 人民法院的行政人员
- C. 人民法院的法警
- D. 退休的法官

### 考点二 法官职业道德的主要内容

#### 重点法条

《法官职业道德基本准则》

★★第五条 法官不得违背当事人的意愿，以不正当的手段迫使当事人撤诉或者接受

<sup>①</sup> ABCD。



调解。

★★★第七条 法官在审判活动中，应当独立思考、自主判断，敢于坚持正确的意见。

★★★第八条 法官在审判活动中，不得私自单独会见一方当事人及其代理人。

★★★第十条 法官在履行职责时，应当平等对待当事人和其他诉讼参与人，不得以其言语和行为表现出任何歧视，并有义务制止和纠正诉讼参与人和其他人员的任何歧视性言行。

法官应当充分注意到由于当事人和其他诉讼参与人的民族、种族、性别、职业、宗教信仰、教育程度、健康状况和居住地等因素而可能产生的差别，保障诉讼各方平等、充分地行使诉讼权利和实体权利。

★★★第十一条 法官审理案件应当保持中立。

法官在宣判前，不得通过言语、表情或者行为流露自己对裁判结果的观点或者态度。

法官调解案件应当依法进行，并注意言行审慎，避免当事人和其他诉讼参与人对其公正性产生合理的怀疑。

★★第十二条 法官对与当事人实体权利和诉讼权利有关的措施和裁判应当依法说明理由，避免主观、片面地作出结论或者采取措施。

★★★第二十五条 法官不得参与可能导致公众对其廉洁形象产生不信任感的商业活动或者其他经济活动。

★★★第二十六条 法官应当妥善处理个人事务，不得为了获得特殊照顾而有意披露自己的法官身份；不得利用法官的声誉和影响为自己、亲属或者他人谋取私人利益。

★★第二十七条 法官及其家庭成员的生活方式和水准，应当与他们的职位和收入相符。

★★★第二十八条 法官不得兼任律师、企事业单位或者个人的法律顾问等职务；不得就未决案件给当事人及其代理人、辩护人提供咨询意见和法律意见。

★第二十九条 法官应当按照国家有关规定如实申报财产。

★第三十条 法官必须向其家庭成员告知法官行为守则和职业道德的要求，并督促其家庭成员不得违反有关规定。

★第三十二条 法官应当尊重当事人和其他诉讼参与人的人格尊严，并做到：

（一）认真、耐心地听取当事人和其他诉讼参与人发表意见；除非因维护法庭秩序和庭审的需要，开庭时不得随意打断或者制止当事人和其他诉讼参与人的发言；

（二）使用规范、准确、文明的语言，不得对当事人或其他诉讼参与人有任何不公的训诫和不恰当的言辞。

★★第三十八条 法官从事各种职务外活动，应当避免使公众对法官的公正司法和清正廉洁产生合理怀疑，避免影响法官职责的正常履行，避免对人民法院的公信力产生不良影响。

★第三十九条 法官必须杜绝与公共利益、公共秩序、社会公德和良好习惯相违背的，可能影响法官形象和公正履行职责的不良嗜好和行为。

★★第四十条 法官应当谨慎出入社交场合，谨慎交友，慎重对待与当事人、律师以及可能影响法官形象的人员的接触和交往，以免给公众造成不公正或者不廉洁的印象，并避免在履行职责时可能产生的困扰和尴尬。





★第四十一条 法官不得参加带有邪教性质的组织。

★第四十二条 法官在职务外活动中，不得披露或者使用非公开的审判信息和在审判过程中获得的商业秘密、个人隐私以及其他非公开的信息。

★第四十三条 法官不得参加营利性社团组织或者可能借法官影响力营利的社团组织。

★★第四十四条 法官可以参加有助于法制建设和司法改革的学术研究和其他社会活动。但是，这些活动应当以符合法律规定、不妨碍公正司法和维护司法权威、不影响审判工作为前提。

★★★第四十五条 法官发表文章或者接受媒体采访时，应当保持谨慎的态度，不得针对具体案件和当事人进行不适当的评论，避免因言语不当使公众对司法公正产生合理的怀疑。

★★★《最高人民法院、司法部关于规范法官和律师相互关系维护司法公正的若干规定》（该法从律师和法官两个角度作了规定，条文不多，但须掌握，这里列出主要法条，其他地方不再重复）

第二条 法官应当严格依法办案，不受当事人及其委托的律师利用各种关系、以不正当方式对案件审判进行的干涉或者施加的影响。

律师在代理案件之前及其代理过程中，不得向当事人宣称自己与受理案件法院的法官具有亲朋、同学、师生、曾经同事等关系，并不得利用这种关系或者以法律禁止的其他形式干涉或者影响案件的审判。

第三条 法官不得私自单方面会见当事人及其委托的律师。

律师不得违反规定单方面会见法官。

第四条 法官应当严格执行回避制度，如果与本案当事人委托的律师有亲朋、同学、师生、曾经同事等关系，可能影响案件公正处理的，应当自行申请回避，是否回避由本院院长或者审判委员会决定。

律师因法定事由或者根据相关规定不得担任诉讼代理人或者辩护人的，应当谢绝当事人的委托，或者解除委托代理合同。

第五条 法官应当严格执行公开审判制度，依法告知当事人及其委托的律师本案审判的相关情况，但是不得泄露审判秘密。

律师不得以各种非法手段打听案情，不得违法误导当事人的诉讼行为。

第六条 法官不得为当事人推荐、介绍律师作为其代理人、辩护人，或者暗示更换承办律师，或者为律师介绍代理、辩护等法律服务业务，并且不得违反规定向当事人及其委托的律师提供咨询意见或者法律意见。

律师不得明示或者暗示法官为其介绍代理、辩护等法律服务业务。

第七条 法官不得向当事人及其委托律师索取或者收取礼品、金钱、有价证券等；不得借婚丧喜庆事宜向律师索取或者收取礼品、礼金；不得接受当事人及其委托律师的宴请；不得要求或者接受当事人及其委托律师出资装修住宅、购买商品或者进行各种娱乐、旅游活动；不得要求当事人及其委托的律师报销任何费用；不得向当事人及其委托的律师借用交通工具、通讯工具或者其他物品。

当事人委托的律师不得借法官或者其近亲属婚丧喜庆事宜馈赠礼品、金钱、有价证券等；不得向法官请客送礼、行贿或者指使、诱导当事人送礼、行贿；不得为法官装修住



宅、购买商品或者出资邀请法官进行娱乐、旅游活动；不得为法官报销任何费用；不得向法官出借交通工具、通讯工具或者其他物品。

**第八条** 法官不得要求或者暗示律师向当事人索取财物或者其他利益。

当事人委托的律师不得假借法官的名义或者以联络、酬谢法官为由，向当事人索取财物或者其他利益。

**第九条** 法官应当严格遵守法律规定的审理期限，合理安排审判事务，遵守开庭时间。

律师应当严格遵守法律规定的提交诉讼文书的期限及其他相关程序性规定，遵守开庭时间。

法官和律师均不得借故延迟开庭。法官确有正当理由不能按期开庭，或者律师确有正当理由不能按期出庭的，人民法院应当在不影响案件审理期限的情况下，另行安排开庭时间，并及时通知当事人及其委托的律师。

**第十条** 法官在庭审过程中，应当严格按照法律规定的诉讼程序进行审判活动，尊重律师的执业权利，认真听取诉讼双方的意见。

律师应当自觉遵守法庭规则，尊重法官权威，依法履行辩护、代理职责。

**第十一条** 法官和律师在诉讼活动中应当严格遵守司法礼仪，保持良好的仪表，举止文明。

**第十二条** 律师对于法官有违反本规定行为的，可以自行或者通过司法行政部门、律师协会向有关人民法院反映情况，或者署名举报，提出追究违纪法官党纪、政纪或者法律责任的意见。

法官对于律师有违反本规定行为的，可以直接或者通过人民法院向有关司法行政部门、律师协会反映情况，或者提出给予行业处分、行政处罚直至追究法律责任的司法建议。

**第十三条** 当事人、案外人发现法官或者律师有违反本规定行为的，可以向有关人民法院、司法行政部门、纪检监察部门、律师协会反映情况或者署名举报。

## 考点解析

法官职业道德的主要内容包括：保障司法公正；提高司法效率；保持清正廉洁；遵守司法礼仪；加强自身修养；约束业外活动。

重点掌握以下内容：

### 1. 保障司法公正

- (1) 保持中立，平等对待当事人和其他诉讼参与人。
- (2) 禁止单方接触，不得私自单独会见一方当事人及其代理人。
- (3) 审慎处理法官与法官、法官与当事人或律师之间的关系。
- (4) 法官在审理案件的过程中，应当避免受到新闻媒体和公众舆论的不当影响。
- (5) 遵守回避的规定。

(6) 维护司法独立。①外部独立。②内部独立：其一，除非基于履行审判职责或者通过适当的程序，不得对其他法官正在审理的案件发表评论，不得对与自己有利害关系的案件提出处理建议和意见；其二，不得擅自过问或者干预下级人民法院正在审理的案件；其三，不得向上级人民法院就二审案件提出个人的处理建议和意见。这一规定旨在排除法院



系统内部对法官独立审判的干涉和影响。③法官内心独立。

(7) 履行监督义务。法官根据获得的情况确信其他法官有可能或已经违反法官职业道德,或者其他法律工作者有可能或已经违反职业道德,影响司法公正的,应当采取适当的措施向有关部门或者有关机关反映。

## 2. 保持清正廉洁

要求法官不得经商;不得参与可能导致公众对其廉洁形象产生不信任感的商业活动或者其他经济活动;不得以其地位、身份、声誉谋取利益;保持正常的生活方式和水准;不得就未决案件给当事人及其代理人、辩护人提供咨询意见和法律意见;如实申报财产;不得提供法律服务并约束家庭成员等。

## 3. 约束业外活动

(1) 法官从事各种职务外活动,应当避免使公众对法官的公正司法和清正廉洁产生合理怀疑,避免影响法官职责的正常履行,避免对人民法院的公信力产生不良影响。

(2) 法官必须杜绝与公共利益、公共秩序、社会公德和良好习惯相违背的,可能影响法官形象和公正履行职责的不良嗜好和行为。

(3) 法官应当谨慎出入社交场合,谨慎交友,慎重对待与当事人、律师以及可能影响法官形象的人员的接触和交往,以免给公众造成不公正或者不廉洁的印象。

(4) 法官可以参加有助于法制建设和司法改革的学术研究和其他社会活动。但是,这些活动应当以符合法律规定、不妨碍司法公正和维护司法权威、不影响审判工作为前提。

法官不得参加带有邪教性质的组织;不得参加营利性社团组织或者可能借法官影响力营利的社团组织。

(5) 法官发表文章或者接受媒体采访时,不得针对具体案件和当事人进行不适当的评论,避免因言语不当使公众对司法公正产生合理的怀疑。

(6) 法官退休后应当继续保持自身的良好形象,避免因其不当言行而使公众对司法公正产生合理的怀疑。

## 真题演练

1. (2002-1-74)<sup>①</sup> 在我国,下列哪些属于法官职业道德规范所禁止的不当行为?

- A. 受当事人之托探询其他法官承办案件的审理情况
- B. 庭长要求某法官汇报案件的审理期限问题
- C. 与案件无涉的法官将当事人的诉讼理由书转交给承办该案件的法官
- D. 法官告知当事人其案件准备提交审判委员会讨论

2. (2002-1-75)<sup>②</sup> 下列有关法官行为的论述中,哪些体现了审判独立的原则?

- A. 法官在审理案件的过程中,应当避免受到新闻媒体和公众舆论的不当影响
- B. 法官应当尊重其他法官对审判职权的独立行使
- C. 法官在履行职责时,应当忠实于宪法和法律,不受任何行政机关、社会团体和个人的干涉,不受来自法律规定之外的影响
- D. 法官在审判活动中,应当独立思考、自主判断,敢于坚持正确的意见

① ACD。

② ABCD。





3. (2002-1-77)<sup>①</sup> 按照我国法官职业道德基本准则的规定, 以下哪些情况违反了法官在审理案件中应当保持中立地位的要求?

- A. 在法庭上对当事人态度不够礼貌
- B. 警告当事人如果不按有关规定及时举证则必然败诉
- C. 在法庭调解过程中告诉当事人一方: 如果不接受调解则肯定败诉
- D. 在法庭外与当事人一方就城市交通问题短暂闲聊

4. (2002-1-80)<sup>②</sup> 法官应当自觉避免受到媒体的不当影响。下列哪些行为不利于实现这一目标?

A. 仔细分析媒体上对案件事实问题发表的评论, 并作笔记, 而且在形成判决过程中作为参考

- B. 媒体上关于自己负责的案件的相关报导、评论一概不读
- C. 将媒体上关于案件法律问题的研究与评论加以认真研究
- D. 发现媒体的报导有明显失实之处, 便在媒体上公开发表言论予以评论

5. (2003-1-76)<sup>③</sup> 法官在主持开庭审理某一刑事案件过程中, 检察官与律师就案件的焦点问题展开激烈的辩论, 法官多次制止律师的发言。律师对此提出异议, 遭到法官拒绝后当即退庭。检察官对正走出法庭的律师说: “你要小心点。” 事后, 律师担心遭报复, 向当事人提出解除代理关系。上述案例中, 法律职业人员存在的的行为有哪些?

- A. 法官多次制止律师的发言的行为
- B. 律师退庭的行为
- C. 检察官对律师的言行
- D. 律师向当事人提出解除代理关系的行为

6. (2004-1-48)<sup>④</sup> 下列关于法官应当遵守的职业道德准则的表述哪一项是不正确的?

A. 法官在审判过程中可以用适当方式向双方当事人表明自己对案件审理结果的观点或态度

- B. 法官对与当事人实体权利和诉讼权利有关的措施和裁判应当依法说明理由
- C. 法官不得向上级人民法院就二审案件提出个人的处理建议和意见
- D. 法官不得擅自过问下级人民法院正在审理的案件

7. (2004-1-78)<sup>⑤</sup> 下列哪些情形违反了有关规范法官与律师相互关系的规定?

- A. 律师陈某在接案时称该案主办法官是其大学同学
- B. 法官王某让被告去找律师田某咨询
- C. 某律师事务所邀请法官杨某参加该所庆典
- D. 某律师事务所邀请某法院审判庭全体人员外出旅游

8. (2004-1-96)<sup>⑥</sup> 下列表述中何者为影响法官内部独立的行为?

① BC。  
② AD。  
③ ABCD。  
④ A。  
⑤ ABD。  
⑥ AB。





- A. 在公开场合对其他法官正在审理的案件的是非曲直发表评论  
B. 私自对下级法院正在审理的案件提出意见,告知其应如何判决  
C. 向其他审判庭的法官咨询,探讨某一案件涉及的法律问题  
D. 庭长要求合议庭对某一案件进行重新合议
9. (2005-1-47)<sup>①</sup> 下列哪一项表述是严格约束法官职务外活动的基本出发点?  
A. 维护法官形象和司法尊严 B. 维护司法独立  
C. 有利于法律监督 D. 有利于公开审判
10. (2005-1-88)<sup>②</sup> 法官王某的下列哪些行为违反了法官职业道德规范?  
A. 根据领导批条办案,谁的官大就按谁的批示办理  
B. 同学朋友问案,总能仗义地告之案件审理和合议情况  
C. 对双方律师宣称:该吃可以吃、该喝可以喝,案子该怎么办还怎么办  
D. 一方托情相约,在承诺保密的情况下,同意私下单独接触
11. (2005-1-90)<sup>③</sup> 法官与律师的相互关系应当遵守最高人民法院与司法部制定发布的有关规定,下列哪些做法违反了相关规定?  
A. 法官开庭时发现一方的律师沈某是其过去的同事,没有主动回避  
B. 律师裘某约请主办法官童某吃饭,了解所代理案件的案情  
C. 某律师事务所主办的所刊发表法官彭某的文章  
D. 某律师事务所举办法律实务研讨会,邀请法官周某出席演讲
12. (2007-1-88)<sup>④</sup> 下列哪些属于法官张某违反法官职业道德规定的情形?  
A. 年底前,张某要求当事人撤诉,明年再起诉,理由是年底不结案就会影响全年结案率  
B. 张某之妻从事律师职业  
C. 张某私下通知当事人王某接受对方的调解意见,否则将败诉  
D. 张某与对方当事人同时出现在某研讨会上
13. (2009-1-50)<sup>⑤</sup> 下列哪一法律职业人员的行为不违背相应职业纪律要求?  
A. 金法官向自己审理案件中受尽屈辱的原告推荐社会知名律师为其代理诉讼  
B. 闻律师在办理无偿的法律援助案件后,收取受援人交通费  
C. 公证员黄某在派发的名片上印有“法学硕士、法学副教授”的头衔  
D. 曾律师发起举办了“金融危机下律师业的挑战”研讨会并邀请一些教授、法官、检察官、公证员朋友出席
14. (2009-1-89)<sup>⑥</sup> 2009年1月8日,最高法院向社会公布了“五个严禁”的规定,法官的下列哪些行为属于该规定严禁之列?

- ① A。  
② ABCD。  
③ AB。  
④ AC。  
⑤ D。

⑥ ABD。2009年1月8日最高人民法院公布了关于“五个严禁”的规定:①严禁接受案件当事人及相关人员的请客送礼;②严禁违反规定与律师进行不正当交往;③严禁插手过问他人办理的案件;④严禁在委托评估、拍卖等活动中徇私舞弊;⑤严禁泄露审判工作秘密。人民法院工作人员凡违反上述规定,依纪依法追究纪律责任直至刑事责任。从事审判、执行工作的,一律调离审判、执行岗位。

- A. 北方某省高级法院田法官给承办自己老家小学工程质量纠纷案的某基层法院孔法官打电话，希望尽快审理该案以不影响学校按时开学
- B. 中部某法庭许法官在下乡巡回审理纠纷案件时与代理人、双方当事人、村委会主任等人一起在原告家边喝酒边调解，并在返回时收下被告赠送的5斤土豆
- C. 西北某基层法院包法官隐瞒正在办理的伤害案被告人是其同父异母兄弟的实情继续审案
- D. 东部某中级法院周法官指定由环球拍卖公司主持拍卖涉案的五套房屋

### 考点三 法官职业责任

#### 重点法条

##### 《法官法》

★第三十四条 处分分为：警告、记过、记大过、降级、撤职、开除。

受撤职处分的，同时降低工资和等级。

#### 考点解析

1. 法官职业责任，是指法官违反法律、职业道德准则和审判、执行纪律所应当承担的责任，包括纪律责任和刑事责任两类。
2. 法官的纪律责任，是指法官违反法律、职业道德准则和工作纪律应当承受的纪律处分。法官纪律责任的形式分为以下六种：警告，记过，记大过，降级，撤职，开除。
3. 法官的刑事责任，法官因职务行为构成犯罪的，应当追究其刑事责任。



## 第十四讲 检察制度

**【本讲概要】** 检察制度和审判制度地位相当，注意二者的不同之处。在掌握部门法时深化理解记忆即可，此处总结要点。

### 考点一 检察机关

#### 考点解析

1. 人民检察院的性质：人民检察院是国家的法律监督机关。

2. 人民检察院的设置：我国设立最高人民检察院、地方各级人民检察院和军事检察院等专门人民检察院。

3. 人民检察院的领导体制：目前我国检察机关实行双重领导体制。

最高人民检察院是最高检察机关，领导地方各级人民检察院和专门人民检察院的工作，上级人民检察院领导下级人民检察院的工作。注意：区别于法院的上下级监督关系。

最高人民检察院对全国人大及其常委会负责，地方各级人民检察院对产生它的国家权力机关和上级人民检察院负责。

人民检察院内部实行的是检察长负责制与检察委员会集体领导相结合的领导体制。

#### 真题演练

(2009-1-90)① 关于司法制度与法律职业的表述，下列哪些选项是正确的？

A. 关于从事法律职业的条件：①曾因犯罪受过刑事处罚者不能担任公证员；②年龄二十三周岁者可以担任检察官。①正确、②不正确

B. 关于律师承办业务：①律师承办业务，应告知委托人可能出现的法律风险；②律师承办业务，可根据情况决定是否向委托人通报委托事项办理进展情况。①正确、②不正确

C. 关于检察制度的发展和特征：①资本主义国家的检察机关多隶属于行政机关的司法行政部门；②我国实行的是检察长负责和检察委员会集体领导相结合的检察院负责制。①正确、②不正确

D. 关于我国的法官制度：①法官之间有夫妻关系、直系血亲关系、三代以内旁系血亲以及近姻亲关系的，不得同时担任同一法院的院长、副院长和审判员、助理审判员；②法官的考核内容包括审判工作实绩、思想品德、审判业务和法学理论水平、工作态度和审判作风，重点考核工作态度和审判作风。①正确、②不正确

① BD。



### 重点法条

#### 《检察官法》

★★第十条 担任检察官必须具备下列条件：

- (一) 具有中华人民共和国国籍；
- (二) 年满二十三岁；
- (三) 拥护中华人民共和国宪法；
- (四) 有良好的政治、业务素质和良好的品行；
- (五) 身体健康；
- (六) 高等院校法律专业本科毕业或者高等院校非法律专业本科毕业具有法律专业知识，从事法律工作满二年，其中担任省、自治区、直辖市人民检察院、最高人民检察院检察官，应当从事法律工作满三年；获得法律专业硕士学位、博士学位或者非法律专业硕士学位、博士学位具有法律专业知识，从事法律工作满一年，其中担任省、自治区、直辖市人民检察院、最高人民检察院检察官，应当从事法律工作满二年。

本法施行前的检察人员不具备前款第六项规定的条件的，应当接受培训，具体办法由最高人民检察院制定。

适用第一款第六项规定的学历条件确有困难的地方，经最高人民检察院审核确定，在一定期限内，可以将担任检察官的学历条件放宽为高等院校法律专业专科毕业。

★★第十一条 下列人员不得担任检察官：

- (一) 曾因犯罪受过刑事处罚的；
- (二) 曾被开除公职的。

★★第十四条 检察官有下列情形之一的，应当依法提请免除其职务：

- (一) 丧失中华人民共和国国籍的；
- (二) 调出本检察院的；
- (三) 职务变动不需要保留原职务的；
- (四) 经考核确定为不称职的；
- (五) 因健康原因长期不能履行职务的；
- (六) 退休的；
- (七) 辞职或者被辞退的；
- (八) 因违纪、违法犯罪不能继续任职的。

### 考点解析

检察官的任免与法官的任免有不少共同之处。检察官与法官的任职的积极条件和消极条件，应当依法提请免除法官、检察官职务的情形基本一致，参照法条掌握即可。为方便记忆，对学历条件简单做一表格，如下表所示。





法官（检察官）	学 历 条 件
省级及最高法（检）	本科+3 年法律工作经验
	硕士、博士+2 年法律工作经验
其他级别法院、检察院	本科+2 年法律工作经验
	硕士、博士+1 年法律工作经验

检察官职务的任免机关和程序与法官有所不同（如下表所示），注意区别：

检 察 官		选举罢免机关
最高检察院	检察长	全国人大
	副检察长、检委会委员、检察员	全国人大常委会
地方各级 人民检察院	检察长	地方各级人大（须报上一级人民检察院检察长提请该级人民代表大会常务委员会批准）
	副检察长、检委会委员、检察员	本院检察长提请本级人民代表大会常务委员会任免
人民检察院分院	检察长、副检察长、检察委员会委员和检察员	由省、自治区、直辖市人民检察院检察长提请本级人大常委会任免
各级检察院	助理检察员	本院检察长
军事检察院等 专门检察院	检察长、副检察长、检察委员会委员和检察员	全国人大常委会另行规定

选举的检察官任期为 5 年，连续任期不得超过两届；以任命方式产生的检察官没有明确规定其任期。

对于不具备条件或者违反法定程序被选举为人民检察院检察长的，上一级人民检察院检察长有权提请该级人民代表大会常务委员会不批准。

对于违反本法规定的条件任命检察官的，一经发现，作出该项任命的机关应当撤销该项任命；上级人民检察院发现下级人民检察院检察官的任命有违反本法规定的条件的，应当责令下级人民检察院依法撤销该项任命，或者要求下级人民检察院依法提请同级人民代表大会常务委员会撤销该项任命。

最高人民检察院和省、自治区、直辖市人民检察院检察长可以建议本级人民代表大会常务委员会撤换下级人民检察院检察长、副检察长和检察委员会委员。

真题演练

(2007 - 1 - 96)① 依照我国检察官法的规定，应当依法提请免除检察官职务的情形有：

- A. 到龄退休

B. 经考核确定为不称职
- C. 长期患病不能上班

D. 调至法院任院长

① ABCD。

#### 重点法条

##### 《检察官法》

★★★第十八条 检察官不得兼任人民代表大会常务委员会的组成人员，不得兼任行政机关、审判机关以及企业、事业单位的职务，不得兼任律师。

★★★第十九条 检察官之间有夫妻关系、直系血亲关系、三代以内旁系血亲以及近姻亲关系的，不得同时担任下列职务：

- (一) 同一人民检察院的检察长、副检察长、检察委员会委员；
- (二) 同一人民检察院的检察长、副检察长和检察员、助理检察员；
- (三) 同一业务部门的检察员、助理检察员；
- (四) 上下相邻两级人民检察院的检察长、副检察长。

★★★第二十条 检察官从人民检察院离任后二年内，不得以律师身份担任诉讼代理人或者辩护人。

检察官从人民检察院离任后，不得担任原任职检察院办理案件的诉讼代理人或者辩护人。

检察官的配偶、子女不得担任该检察官所任职检察院办理案件的诉讼代理人或者辩护人。

#### 考点解析

本考点非常重要，检察官的任职回避可以与法官的任职回避联系掌握。检察官不得兼任的职务与法官不得兼任的职务一致；检察官与法官在离任后代理诉讼的限制，其配偶、子女代理案件的限制也相同。但检察官之间不得同时担任的职务与法官稍有区别，这主要是因为检察院与法院的部门设置不同，基本精神是一致的。

#### 真题演练

1. (2004 - 1 - 49)① 根据我国检察官法有关任职回避的规定，下列表述哪一项是不正确的？

- A. 杨某和蒋某系夫妻，二人不得同时在同一人民检察院担任检察员
- B. 何甲和何乙系姐弟，二人不得同时在同一人民检察院起诉科担任助理检察员
- C. 检察官袁某从人民检察院离任后2年内，不得担任诉讼代理人或者辩护人
- D. 林某为县人民检察院检察官，其子小林不得担任该县人民检察院办理案件的辩护人

2. (2007 - 1 - 87)② 根据我国相关法律规定，为保证检察官的公正与廉洁，检察官不得兼任下列哪些职务？

① C。

② ABC。





A. 行政机关职务

B. 审判机关职务

C. 人民代表大会常务委员会委员

D. 政协委员

## 考点四 检察制度的基本原则

### 考点解析

1. 检察权统一行使原则，又称检察一体原则，是指各级检察机关、检察官依法构成统一的整体，在行使职权、执行职务的过程中实行“上命下从”，即根据上级检察机关、检察官的指示和命令进行工作。这是检察系统与法院系统的重要差别之一。

2. 检察权独立行使原则。人民检察院依照法律规定独立行使检察权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。

3. 对诉讼活动实行法律监督原则。是指检察机关依法对各种诉讼的进行，以及诉讼中国家专门机关和诉讼参与人的诉讼活动进行监督，其重点是对诉讼活动中国家机关及其工作人员的违法行为和违法事项进行监督。

## 考点五 检察制度

### 重点法条

#### 《最高人民检察院关于实行人民监督员制度的规定（试行）》

★第二条 人民检察院查办职务犯罪案件，实行人民监督员制度，接受社会监督。人民检察院应当保障人民监督员履行监督职责，认真对待人民监督员提出的意见和建议。

★第三条 人民监督员经民主推荐程序产生，依照本规定对人民检察院查办职务犯罪活动实施监督。

人民监督员享有独立发表意见和表决的权利，表决实行少数服从多数的原则。

人民监督员应当公平公正地履行职责，促进人民检察院正确行使检察权。

★第五条 人民监督员应当具备下列条件：

- （一）拥护中华人民共和国宪法；
- （二）有选举权和被选举权；
- （三）年满二十三岁；
- （四）公道正派，有一定的文化水平和政策、法律知识；
- （五）身体健康。

★第六条 下列人员不得担任人民监督员：

- （一）受过刑事处罚或者受到刑事追究的；
- （二）被开除公职或者开除留用的。

★第七条 因职务原因可能影响履行人民监督员职责的人员不宜担任人民监督员。

★第八条 人民监督员由机关、团体、企业事业单位和基层组织经民主推荐、征得本人同意、考察后确认。

★第九条 人民监督员的任期为三年，连任不得超过两个任期。





★★第十三条 人民监督员对人民检察院查办职务犯罪案件的下列情形实施监督：

- (一) 犯罪嫌疑人不服逮捕决定的；
- (二) 拟撤销案件的；
- (三) 拟不起诉的。涉及国家秘密或者经特赦令免除刑罚以及犯罪嫌疑人死亡的职务犯罪案件不适用前款规定。

★第十四条 人民监督员发现人民检察院在查办职务犯罪案件中具有下列情形之一的，可以提出意见：

- (一) 应当立案而不立案或者不应当立案而立案的；
- (二) 超期羁押的；
- (三) 违法搜查、扣押、冻结的；
- (四) 应当给予刑事赔偿而不依法予以确认或者不执行刑事赔偿决定的；
- (五) 检察人员在办案中有徇私舞弊、贪赃枉法、刑讯逼供、暴力取证等违法违纪情况的。

★第十五条 人民监督员可以应邀参加人民检察院查办职务犯罪案件工作的其他执法检查活动，发现有违法违纪情况的，可以提出建议和意见。

★第十八条 案件承办人在对被逮捕的犯罪嫌疑人第一次讯问时，应当将《逮捕羁押期限及权利义务告知书》交犯罪嫌疑人，同时告知其如不服逮捕决定可以要求重新审查。犯罪嫌疑人不服逮捕决定的，应当自告知之日起五日内向承办案件部门提出，并附申辩理由。承办案件部门应当立即将犯罪嫌疑人的意见转交侦查监督部门。侦查监督部门应当另行指定承办人员审查并在三日内提出审查意见。维持原逮捕决定的，侦查监督部门应当及时将书面意见和相关材料移送人民监督员办公室，并做好接受监督的准备。

★第十九条 拟撤销案件的，侦查案件部门应当及时将书面意见和相关材料移送人民监督员办公室，并做好接受监督的准备。

★第二十条 拟不起诉的，公诉部门应当及时将书面意见和相关材料移送人民监督员办公室，并做好接受监督的准备。

★第二十一条 人民监督员办公室收到有关案件材料后，应当在两日内审查完毕，认为书面意见和相关材料不齐备的，应当报经检察长批准后，要求承办案件部门补充移送；认为材料符合要求的，应当根据案情需要及时确定三名以上、总人数为单数的人民监督员参加案件监督工作。

参加案件监督的人民监督员，应当在人民监督员名单中依照排序或随机抽取的方式确定。

参加案件监督工作的人民监督员每次临时推举其中一人主持评议、表决。人民监督员在表决时具有同等的表决权。

★★第二十四条 人民监督员的监督工作应当依照下列步骤进行：

- (一) 由案件承办人向人民监督员全面、客观地介绍案情并出示主要证据；
- (二) 由案件承办人向人民监督员说明与案件相关的法律适用情况；
- (三) 人民监督员可以向案件承办人提出问题，必要时可以旁听案件承办人讯问犯罪嫌疑人、询问证人、听取有关人员陈述、听取本案律师的意见；
- (四) 人民监督员根据案件情况，独立进行评议、表决。表决采用无记名投票方式，按少数服从多数的原则形成表决意见，表决结果和意见由承办案件部门附卷存档。



★第二十五条 检察长或者检察委员会应当分别根据职责权限，对人民监督员的表决意见和有关检察业务部门的意见进行审查，必要时可以听取人民监督员和有关检察业务部门的意见。审查后同意人民监督员表决意见的，有关检察业务部门应当执行；检察长不同意人民监督员表决意见的，应当提请检察委员会讨论；检察委员会不同意人民监督员表决意见的，应当依法作出决定。

检察长或者检察委员会应当认真研究人民监督员的不同意见。

★第二十六条 检察委员会的决定与人民监督员表决意见不一致时，应当由人民监督员办公室向人民监督员作出说明。参加监督的多数人民监督员对检察委员会的决定有异议的，可以要求提请上一级人民检察院复核。复核工作由人民监督员办公室转交案件承办部门办理。上一级人民检察院应当及时复核并反馈结果。上一级人民检察院的决定，下级人民检察院应当执行。

★第二十七条 案件监督工作应当自人民监督员办公室收到材料之日起七日内进行完毕。重大复杂案件，案件监督期限可以延长至十五日。人民检察院不得因人民监督员的监督而超过法定办案期限。

监督期限自人民监督员办公室所收案件相关材料齐备之日起至人民监督员形成表决意见之日止。

### 考点解析

#### （一）检务公开制度

#### （二）人民监督员制度

1. 人民监督员要求年满 23 岁；公道正派，有一定的文化水平和政策、法律知识。受过刑事处罚或者受到刑事追究的以及被开除公职或者开除留用的不得担任人民监督员。

人民监督员由机关、团体、企业事业单位和基层组织经民主推荐、征得本人同意、考察后确认。

人民监督员的任期为 3 年，连任不得超过两个任期。

2. 人民监督员对人民检察院查办职务犯罪案件的下列情形进行监督：①犯罪嫌疑人不服逮捕决定的；②拟撤销案件的；③拟不起诉的。

注意不实行监督的案件——涉及国家秘密或者经特赦令免除刑罚以及犯罪嫌疑人死亡的职务犯罪案件。

3. 人民监督员监督的程序为：

（1）在实施监督的三种情形下，由相应部门将材料和意见送到人民监督员办公室，准备接受监督。

（2）在人民监督员名单中依照排序或随机抽取的方式及时确定 3 名以上、总人数为单数的人民监督员参加案件监督工作。

参加案件监督工作的人民监督员每次临时推举其中一人主持评议、表决。人民监督员在表决时具有同等的表决权。

（3）案件承办人向人民监督员介绍案情并出示主要证据、说明与案件相关的法律适用情况。

人民监督员可以向案件承办人提出问题，必要时可以旁听案件承办人讯问犯罪嫌疑人

人、询问证人、听取有关人员陈述、听取本案律师的意见。

(4) 人民监督员根据案件情况，独立进行评议、表决。按少数服从多数的原则形成表决意见。

(5) 检察长或者检察委员会对人民监督员的表决意见和有关检察业务部门的意见进行审查。审查后同意人民监督员表决意见的，有关检察业务部门应当执行；检察长不同意人民监督员表决意见的，应当提请检察委员会讨论；检察委员会不同意人民监督员表决意见的，应当依法作出决定。

检察委员会的决定与人民监督员表决意见不一致时，应当由人民监督员办公室向人民监督员作出说明。参加监督的多数人民监督员对检察委员会的决定有异议的，可以要求提请上一级人民检察院复核。复核工作由人民监督员办公室转交案件承办部门办理。上一级人民检察院应当及时复核并反馈结果。上一级人民检察院的决定，下级人民检察院应当执行。

4. 人民监督员参加案件监督工作，应当保守秘密，不得泄露评议表决情况；不得对其他人民监督员施加不正当影响；不得私自会见案件当事人及其委托的人。

5. 人民监督员的回避情形和检察人员回避的情形相似。注意：由检察长决定其是否回避。

6. 人民检察院不得因人民监督员的监督而超过法定办案期限。

### (三) 其他制度

立案监督制度、侦查监督制度、刑事审判监督制度、刑罚执行与监所监督制度、民事行政检察制度，参照刑事诉讼法等相关法律掌握，此处不再赘述。



## 第十五讲 检察官职业道德和职业责任

**【本讲概要】** 检察官职业道德的主要内容参照2009年《中华人民共和国检察官职业道德基本准则（试行）》掌握即可。

### 考点一 检察官职业道德的概念和特征

#### 重点法条

##### 《检察官法》

第三条 检察官必须忠实执行宪法和法律，全心全意为人民服务。

第八条 检察官应当履行下列义务：

- （一）严格遵守宪法和法律；
- （二）履行职责必须以事实为根据，以法律为准绳，秉公执法，不得徇私枉法；
- （三）维护国家利益、公共利益，维护自然人、法人和其他组织的合法权益；
- （四）清正廉明，忠于职守，遵守纪律，恪守职业道德；
- （五）保守国家秘密和检察工作秘密；
- （六）接受法律监督和人民群众监督。

#### 考点解析

检察官职业道德，是检察官在行使检察权、履行检察职能的过程中，或者从事与之相应的活动时应当遵守的行为规范。

检察官的职业道德与其应当遵守的法定义务具有一定的重合性，在《检察官法》以及其他有关法律法规中，也包含有检察官职业道德规范的某些内容，例如《检察官法》的第8条。

#### 真题演练

（2002-1-78）<sup>①</sup> 检察官职业道德的基本原则包括下列哪些方面的内容：

- A. 服从命令听指挥
- B. 忠实于党和国家，全心全意为人民服务
- C. 忠实于宪法和法律
- D. 忠实于客观事实

<sup>①</sup> BCD。



## 考点二 检察官职业道德的主要内容

### 重点法条

#### ★★《检察官职业道德基本准则》

第二条 检察官职业道德的基本要求是忠诚、公正、清廉、文明。

第五条 忠于党、忠于国家、忠于人民、忠于宪法和法律，牢固树立依法治国、执法为民、公平正义、服务大局、党的领导的社会主义法治理念，做中国特色社会主义事业的建设者、捍卫者和社会公平正义的守护者。

第八条 热爱人民检察事业，珍惜检察官荣誉，忠实履行法律监督职责，自觉接受监督制约，维护检察机关的形象和检察权的公信力。

第九条 坚持“强化法律监督，维护公平正义”的检察工作主题，坚持检察工作政治性、人民性、法律性的统一，努力实现执法办案法律效果、社会效果和政治效果的有机统一。

第十条 维护国家安全、荣誉和利益，维护国家统一和民族团结，严守国家秘密和检察工作秘密。

第十一条 保持高度的政治警觉，严守政治纪律，不参加危害国家安全、带有封建迷信、邪教性质等非法组织及其活动。

第十三条 勤勉敬业，尽心竭力，不因个人事务及其他非公事由而影响职责的正常运行。

第十四条 树立忠于职守、秉公办案的观念，坚守惩恶扬善、伸张正义的良知，保持客观公正、维护人权的立场，养成正直善良、谦抑平和的品格，培育刚正不阿、严谨细致的作风。

第十五条 依法履行检察职责，不受行政机关、社会团体和个人的干涉，敢于监督，善于监督，不为金钱所诱惑，不为人情所动摇，不为权势所屈服。

第十六条 自觉遵守法定回避制度，对法定回避事由以外可能引起公众对办案公正产生合理怀疑的，应当主动请求回避。

第十七条 以事实为根据，以法律为准绳，不偏不倚，不滥用职权和漠视法律，正确行使检察裁量权。

第十八条 树立证据意识，依法客观全面地收集、审查证据，不伪造、隐瞒、毁损证据，不先入为主、主观臆断，严格把好事关、证据关。

第十九条 树立程序意识，坚持程序公正与实体公正并重，严格遵循法定程序，维护程序正义。

第二十条 树立人权保护意识，尊重诉讼当事人、参与人及其他有关人员的人格，保障和维护其合法权益。

第二十一条 尊重律师的职业尊严，支持律师履行法定职责，依法保障和维护律师参与诉讼活动的权利。

第二十二条 出席法庭审理活动，应当尊重庭审法官，遵守法庭规则，维护法庭审判的严肃性和权威性。







第二十三条 严格遵守检察纪律，不违反规定过问、干预其他检察官、其他人民检察院或者其他司法机关正在办理的案件，不私自探询其他检察官、其他人民检察院或者其他司法机关正在办理的案件情况和有关信息，不泄露案件的办理情况及案件承办人的有关信息，不违反规定会见案件当事人、诉讼代理人、辩护人及其他与案件有利害关系的人员。

第二十四条 努力提高案件质量和办案水平，严守法定办案时限，提高办案效率，节约司法资源。

第二十五条 严格执行检察人员执法过错责任追究制度，对于执法过错行为，要实事求是，敢于及时纠正，勇于承担责任。

第二十六条 以社会主义核心价值观为根本的职业价值取向，遵纪守法，严格自律，并教育近亲属或者其他关系密切的人员模范执行有关廉政规定，秉持清正廉洁的情操。

第二十七条 不以权谋私，以案谋利，借办案插手经济纠纷。

第二十八条 不利用职务便利或者检察官的身份、声誉及影响，为自己、家人或者他人谋取不正当利益；不从事、参与经商办企业、违法违规营利活动，以及其他可能有损检察官廉洁形象的商业、经营活动；不参加营利性或者可能借检察官影响力营利的社团组织。

第二十九条 不收受案件当事人及其亲友、案件利害关系人或者单位及其所委托的人以任何名义馈赠的礼品礼金、有价证券、购物凭证以及干股等；不参加其安排的宴请、娱乐休闲、旅游度假等可能影响公正办案的活动；不接受其提供的各种费用报销，出借的款项、交通通讯工具、贵重物品及其他利益。

第三十条 不兼任律师、法律顾问等职务，不私下为所办案件的当事人介绍辩护人或者诉讼代理人。

第三十一条 在职务外活动中，不披露或者使用未公开的检察工作信息，以及在履职过程中获得的商业秘密、个人隐私等非公开的信息。

第三十二条 妥善处理个人事务，按照有关规定报告个人有关事项，如实申报收入；保持与合法收入、财产相当的生活水平和健康的生活情趣。

第三十三条 退休检察官应当继续保持良好操守，不再延用原检察官身份、职务，不利用原地位、身份形成的影响和便利条件，过问、干预执法办案活动，为承揽律师业务或者其他请托事宜打招呼、行便利，避免因不当言行给检察机关带来不良影响。

第三十四条 注重学习，精研法律，精通检察业务，培养良好的政治素质、业务素质和文化素养，增强法律监督能力和做群众工作的本领。

第三十五条 坚持打击与保护并重、惩罚与教育并重、惩治与预防并重，宽严相济，以人为本。

第三十六条 弘扬人文精神，体现人文关怀。做到执法理念文明，执法行为文明，执法作风文明，执法语言文明。

第三十七条 遵守各项检察礼仪规范，注重职业礼仪约束，仪表庄重、举止大方、态度公允、用语文明，保持良好的职业操守和风范，维护检察官的良好形象。

第三十八条 执行公务、参加政务活动时，按照检察人员着装规定穿着检察制服，佩戴检察标识徽章，严格守时，遵守活动纪律。

第三十九条 在公共场合及新闻媒体上，不发表有损法律严肃性、权威性，有损检察机关形象的言论。未经批准，不对正在办理的案件发表个人意见或者进行评论。



第四十条 热爱集体，团结协作，相互支持、相互配合、相互监督，力戒独断专行，共同营造健康、有序、和谐的工作环境。

第四十一条 明礼诚信，在社会交往中尊重、理解、关心他人，讲诚实、守信用、践承诺，树立良好社会形象。

第四十二条 牢固树立社会主义荣辱观，恪守社会公德、家庭美德，慎独慎微，行为检点，培养高尚的道德操守。

第四十三条 不穿着检察正装、佩戴检察标识到营业性娱乐场所进行娱乐、休闲活动或者在公共场所饮酒，不参与赌博、色情、封建迷信活动。

第四十四条 不要特权、逞威风、蛮横无理。本人或者亲属与他人发生矛盾、冲突，应当通过正当合法的途径解决，不应以检察官身份寻求特殊照顾，不要恶化事态酿成事端。

第四十五条 在职务外活动中应当约束言行，避免公众对检察官公正执法和清正廉洁产生合理怀疑，避免对履行职责产生负面作用，避免对检察机关的公信力产生不良影响。

### 考点解析

2009年最高人民检察院通过了《中华人民共和国检察官职业道德基本准则（试行）》，对检察官职业道德的基本要求进行了修订，将“严明”改为“文明”，并对忠诚、公正、清廉、文明内涵作了具体规定，考生务必理解掌握，此处易出选择题。

### 真题演练

1. (2002-1-77)<sup>①</sup> 加强检察官职业道德建设是保障法律正确统一实施的需要。下列哪些是检察官职业道德的主要规范？

- A. 爱检敬业，恪尽职守
- B. 严格执法，文明办案
- C. 刚正不阿，护法为民
- D. 文明高效，热情服务

2. (2002-1-79)<sup>②</sup> 下列选项中，哪些属于检察官违反忠诚规范的行为？

- A. 参加反对国家的集会、游行、示威等活动
- B. 收取当事人钱财，私放在押犯罪嫌疑人
- C. 从事经商、办企业或者参与其他营利性活动
- D. 因玩忽职守，造成错案

3. (2009-1-49)<sup>③</sup> 关于检察官的行为，下列哪一选项是正确的？

- A. 甲检察官业余时间担任某中学法制辅导员，在推辞无效的情况下收下学校付给的每年1000元的酬金
- B. 乙检察官办理余某涉嫌贪污案时，针对余某所在单位财务管理方面的问题以个人名义向该单位领导提出了改进建议
- C. 丙检察官下班后未及换下检察官制服即赶往饭店宴请来访的外地检察院同学
- D. 丁检察官办理一起交通肇事案件时，对不配合调查的目击证人周某实施了拘传

① ABCD。

② AD。

③ B。

### 重点法条

#### 《检察官法》

★★第三十五条 检察官不得有下列行为：

(一) 散布有损国家声誉的言论，参加非法组织，参加旨在反对国家的集会、游行、示威等活动，参加罢工；

(二) 贪污受贿；

(三) 徇私枉法；

(四) 刑讯逼供；

(五) 隐瞒证据或者伪造证据；

(六) 泄露国家秘密或者检察工作秘密；

(七) 滥用职权，侵犯自然人、法人或者其他组织的合法权益；

(八) 玩忽职守，造成错案或者给当事人造成严重损失；

(九) 拖延办案，贻误工作；

(十) 利用职权为自己或者他人谋取私利；

(十一) 从事营利性的经营活动；

(十二) 私自会见当事人及其代理人，接受当事人及其代理人的请客送礼；

(十三) 其他违法乱纪的行为。

★★第三十六条 检察官有本法第三十五条所列行为之一的，应当给予处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

★★第三十七条 处分分为：警告、记过、记大过、降级、撤职、开除。受撤职处分的，同时降低工资和等级。

★★第四十三条 检察官有下列情形之一的，予以辞退：

(一) 在年度考核中，连续两年确定为不称职的；

(二) 不胜任现职工作，又不接受另行安排的；

(三) 因检察机关调整或者缩减编制员额需要调整工作，本人拒绝合理安排的；

(四) 旷工或者无正当理由逾假不归连续超过十五天，或者一年内累计超过三十天的；

(五) 不履行检察官义务，经教育仍不改正的。

### 考点解析

1. 检察官职业责任，是指检察官违反法律、职业道德规范和检察工作纪律所应当承担的责任，包括纪律责任和刑事责任两类。

2. 检察官的纪律责任，是指检察官违反法律、职业道德规范和检察工作纪律应当承受的纪律处分，包括警告、记过、记大过、降级、撤职、开除。与法官的纪律处分形式相同。

第43条规定的检察官应予辞退的5种情形和《法官法》规定的几乎完全一致。

3. 检察官的刑事责任，检察官因职务行为构成犯罪的，应当追究其刑事责任。



1. (2003-1-78)<sup>①</sup> 下列选项中, 检察官违反职业道德规范, 可以直接给予降级、撤职或者开除处分的情形有哪些?

- A. 对待证人态度粗暴的
- B. 故意拖延办案、贻误工作, 情节严重的、造成后果的
- C. 违反枪支管理规定鸣枪的
- D. 干预他人办案, 造成恶劣影响的

2. (2004-1-80)<sup>②</sup> 检察官徐某因泄露国家秘密构成犯罪而被追诉。下列关于徐某纪律责任的说法哪些是正确的?

- A. 无论徐某主观上是否出于故意, 只要被判处 3 年以上有期徒刑, 即应予以开除
- B. 如果徐某主观上出于故意, 被判处 3 年以下有期徒刑或者判处管制拘役, 即应予以开除
- C. 如果徐某主观上出于过失, 被判处 3 年以下有期徒刑宣告缓刑, 不一定予以开除
- D. 如果徐某被依法免予刑事处罚, 应予降级或撤职处分



① BD。

② ABCD。《检察官纪律处分暂行规定》第 37 条规定: 凡被判处三年以上有期徒刑的, 给予开除处分。故意犯罪被判处三年以下有期徒刑或者被判处管制、拘役的, 给予开除处分。过失犯罪被判处三年以下有期徒刑宣告缓刑的, 政治上一贯表现较好, 能认真检讨并有悔改表现的, 可不予开除处分, 但必须给予撤职处分。依法被免于起诉或免于刑事处罚的, 给予降级或撤职处分。故选 ABCD。

## 第十六讲 律师制度

**【本讲概要】** 律师制度在司法考试中的地位非常重要，考察的也细致，务必掌握。

### 考点一 律师和律师制度

#### 考点解析

##### 1. 律师的概念

在我国古代，为当事人写诉状、打官司的人称为刀笔先生或讼师。与现代意义上的律师不完全相同。

现代意义上的律师，是指依法取得律师执业证书，接受委托或者指定，为当事人提供法律服务的执业人员。

律师维护当事人合法权益，维护法律正确实施，维护社会公平和正义。

##### 2. 律师的业务范围

根据《律师法》第28条，律师的业务范围包括：

- (1) 接受自然人、法人或者其他组织的委托，担任法律顾问；
- (2) 接受民事案件、行政案件当事人的委托，担任代理人，参加诉讼；
- (3) 接受刑事案件犯罪嫌疑人的委托，为其提供法律咨询，代理申诉、控告，为被逮捕的犯罪嫌疑人申请取保候审，接受犯罪嫌疑人、被告人的委托或者人民法院的指定，担任辩护人，接受自诉案件自诉人、公诉案件被害人或者其近亲属的委托，担任代理人，参加诉讼；
- (4) 接受委托，代理各类诉讼案件的申诉；
- (5) 接受委托，参加调解、仲裁活动；
- (6) 接受委托，提供非诉讼法律服务；
- (7) 解答有关法律的询问、代写诉讼文书和有关法律事务的其他文书。

##### 3. 律师制度

律师制度是指法律有关律师的性质、权利义务、管理体制、组织活动原则以及如何向社会提供法律服务的规范的总称。

### 考点二 律师事务所

#### 重点法条

##### 《律师法》

★第十四条 律师事务所是律师的执业机构。设立律师事务所应当具备下列条件：





- (一) 有自己的名称、住所和章程；
- (二) 有符合本法规定的律师；
- (三) 设立人应当是具有一定的执业经历，且三年内未受过停止执业处罚的律师；
- (四) 有符合国务院司法行政部门规定数额的资产。

★第十五条第二款 合伙律师事务所可以采用普通合伙或者特殊的普通合伙形式设立。合伙律师事务所的合伙人按照合伙形式对该律师事务所的债务依法承担责任。

## 考点解析

### 1. 律师事务所的分类

(1) 个人律师事务所。除应当符合《律师法》第14条规定的条件外，设立人还应当是具有5年以上执业经历的律师。设立人对律师事务所的债务承担无限责任。

(2) 合伙律师事务所。除符合《律师法》第14条规定的条件外，还应当有3名以上合伙人，设立人应当是具有3年以上执业经历的律师。合伙律师事务所可以采用普通合伙或者特殊的普通合伙形式设立。合伙人按照合伙形式对该律师事务所的债务依法承担责任。

(3) 国家出资设立的律师事务所，以该律师事务所的全部资产对其债务承担责任。

设立律师事务所，应当向设区的市级或者直辖市的区人民政府司法行政部门提出申请。

修改后的《律师法》取消了合作所的形式。

### 2. 设立分所

成立3年以上并具有20名以上执业律师的合伙律师事务所，可以设立分所。设立分所，须经拟设立分所所在地的省、自治区、直辖市人民政府司法行政部门审核。合伙律师事务所对其分所的债务承担责任。

### 3. 律师事务所的终止

有下列情形之一的，应当终止：

- (1) 不能保持法定设立条件，经限期整改仍不符合条件的；
- (2) 律师事务所执业证书被依法吊销的；
- (3) 自行决定解散的；
- (4) 法律、行政法规规定应当终止的其他情形。

### 4. 律师承办业务

由律师事务所统一接受委托，与委托人签订书面委托合同，按照国家规定统一收取费用并如实入账。

### 5. 律师事务所的禁止行为

- (1) 律师事务所和律师不得以诋毁其他律师事务所、律师或者支付介绍费等不正当手段承揽业务。
- (2) 律师事务所不得从事法律服务以外的经营活动。

## 真题演练

1. (2005-1-50)<sup>①</sup> 以下哪一种行为违反了律师管理规定？

<sup>①</sup> C。



- A. 苏律师在看守所会见犯罪嫌疑人时, 接受其投诉办案人员刑讯逼供的控告材料并转送有关机关
- B. 某律师事务所为开拓业务, 在全国十个城市申请开设了分所
- C. 某律师事务所在办理购房按揭贷款业务时, 凡客户以现金交纳代理费的, 只出具本所内部收据不开发票
- D. 某律师事务所代为保管委托人的资金, 并约定将存款利息作为律师费
2. (2008-1-48)<sup>①</sup> 根据我国《律师法》的规定, 下列哪一选项是正确的?
- A. 律师事务所变更名称、负责人、章程、合伙协议的, 应当报原审核部门备案
- B. 律师服务机构一般采用公司形式, 但在经济社会发展欠发达地区仍可保留少数合作制律师事务所
- C. 个人律师事务所实行无限责任, 因此在成立条件上比合伙律师事务所要宽松
- D. 律师事务所采用特殊的普通合伙形式的, 当个别合伙人因故意或重大过失造成对外债务时, 其他合伙人不承担对外责任

### 考点三 律师执业

#### 重点法条

##### 《律师法》

★★第十条 律师只能在一个律师事务所执业。律师变更执业机构的, 应当申请换发律师执业证书。

律师执业不受地域限制。

★★第十一条 公务员不得兼任执业律师。

律师担任各级人民代表大会常务委员会组成人员的, 任职期间不得从事诉讼代理或者辩护业务。

★第十三条 没有取得律师执业证书的人员, 不得以律师名义从事法律服务业务; 除法律另有规定外, 不得从事诉讼代理或者辩护业务。

#### 考点解析

##### (一) 成为律师的条件

一般情况下, 通过统一司法考试, 是成为律师的必要条件。

但是《律师法》第8条同时规定, 具有高等院校本科以上学历, 在法律服务人员紧缺领域从事专业工作满15年, 具有高级职称或者同等专业水平并具有相应的专业法律知识的人员, 申请专职律师执业的, 经国务院司法行政部门考核合格, 准予执业。具体办法由国务院规定。注意这里的“紧缺领域”是与原律师法不一致的地方, 这样规定是为了弥补我国律师行业在国际金融、证券等方面人才紧缺的现象。

高等院校、科研机构中从事法学教育、研究工作的人员, 符合本法第5条规定条件的, 经所在单位同意, 依照本法第6条规定的程序, 可以申请兼职律师执业。

<sup>①</sup> D。





## （二）申请律师执业的条件

### 1. 积极条件

- （1）拥护中华人民共和国宪法；
- （2）通过国家统一司法考试；（实行国家统一司法考试前取得的律师资格凭证，在申请律师执业时，与国家统一司法考试合格证书具有同等效力）
- （3）在律师事务所实习满1年；
- （4）品行良好。

### 2. 消极条件

- （1）无民事行为能力或者限制民事行为能力。
  - （2）受过刑事处罚的，但过失犯罪除外。
  - （3）被开除公职或者被吊销律师执业证书的。
- 有上述情形之一的，不得颁发律师执业证书。

## （三）律师执业的限制性规定

1. 律师只能在一个律师事务所执业。律师变更执业机构的，应当申请换发律师执业证书。但律师执业不受地域限制。
2. 公务员不得兼任执业律师。律师担任各级人民代表大会常务委员会组成人员的，任职期间不得从事诉讼代理或者辩护业务。
3. 没有取得律师执业证书的人员，不得以律师名义从事法律服务业务；除法律另有规定外，不得从事诉讼代理或者辩护业务。

### 真题演练

（四川2008-1-49）<sup>①</sup> 下列哪一种情况不违反《律师法》的规定？

- A. 甲律师原在深圳某律师事务所执业，迁居后转入北京某律师事务所，同时仍在深圳某律师事务所执业
- B. 大学教授乙在学校不知道的情况下，申请兼职律师执业并要求受理机关保密
- C. 丙律师在担任县人大常委会委员期间，代理了一起为农民工追讨工资的诉讼
- D. 丁先生法律本科毕业后，尚未取得律师执业证书，在一家律师事务所参与非诉讼法律事务

### 考点四

## 执业律师的权利与义务

### 重点法条

#### 《律师法》

★★★第三十一条 律师担任辩护人的，应当根据事实和法律，提出犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见，维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益。

<sup>①</sup> D。



★★★第三十三条 犯罪嫌疑人被侦查机关第一次讯问或者采取强制措施之日起，受委托的律师凭律师执业证书、律师事务所证明和委托书或者法律援助公函，有权会见犯罪嫌疑人、被告人并了解有关案件情况。律师会见犯罪嫌疑人、被告人，不被监听。

★★★第三十五条 受委托的律师根据案情的需要，可以申请人民检察院、人民法院收集、调取证据或者申请人民法院通知证人出庭作证。

律师自行调查取证的，凭律师执业证书和律师事务所证明，可以向有关单位或者个人调查与承办法律事务有关的情况。

★★第三十六条 律师担任诉讼代理人或者辩护人的，其辩论或者辩护的权利依法受到保障。

★★★第三十八条 律师应当保守在执业活动中知悉的国家秘密、商业秘密，不得泄露当事人的隐私。

律师对在执业活动中知悉的委托人和其他人不愿泄露的情况和信息，应当予以保密。但是，委托人或者其他准备或者正在实施的危害国家安全、公共安全以及其他严重危害他人人身、财产安全的犯罪事实和信息除外。

★★第三十九条 律师不得在同一案件中为双方当事人担任代理人，不得代理与本人或者其近亲属有利益冲突的法律事务。

### 《律师执业行为规范（试行）》

★★第五十六条 律师事务所、律师及其辅助人员不得泄露委托人的商业秘密、隐私，以及通过办理委托人的法律事务所了解的委托人的其他信息。但是律师认为保密可能会导致无法及时阻止发生人身伤亡等严重犯罪及可能导致国家利益受到严重损害的除外。

## 考点解析

这一考点非常重要，是《律师法》的核心所在，必须认真把握。

### （一）律师权利

1. 会见犯罪嫌疑人、被告人不被监听的权力。只需要拿出“三证”，即律师执业证书、律师事务所证明、当事人委托书或者是法律援助公函就可以了。

2. 申请调查取证的权利。受委托的律师根据案情的需要，可以申请人民检察院、人民法院收集、调取证据或者申请人民法院通知证人出庭作证。

3. 拒绝辩护或代理的权利。委托事项违法、委托人利用律师提供的服务从事违法活动或者委托人故意隐瞒与案件有关的重要事实的，律师有权拒绝辩护或者代理。

4. 查阅、摘抄、复制案件材料的权利。自案件审查起诉之日起，或自案件被人民法院受理之日起，有权查阅、摘抄和复制与案件有关的诉讼文书及案卷材料。

5. 律师在执业活动中的人身权利不受侵犯。律师在法庭上发表的代理、辩护意见不受法律追究。但是，发表危害国家安全、恶意诽谤他人、严重扰乱法庭秩序的言论除外。

### （二）律师义务

1. 接受委托后，无正当理由的，不得拒绝辩护或者代理。

2. 保密义务

（1）保密的内容。保守国家秘密、商业秘密、当事人隐私以及在执业中知悉的委托人或其他人不愿泄露的情况或信息。

(2) 保密期限。《律师执业行为规范》第 59 条规定：“律师代理工作结束后，仍有保密义务。”

(3) 保密义务的例外。

① 委托人或者其他人在准备或者正在实施的危害国家安全、公共安全以及其他严重危害他人人身、财产安全的犯罪事实和信息除外。

② 律师在代理的过程中，如果可能被无辜牵涉委托人的犯罪行为时，此时律师为维护自己的合法权益，可以公开委托人的有关信息。

③ 如果委托人授权同意披露，则律师可以披露有关信息。

3. 律师不得在同一案件中为双方当事人担任代理人，不得代理与本人或者其近亲属有利益冲突的法律事务。同一律师事务所也不得代理诉讼案件的双方当事人。

4. 律师在执业活动中不得有下列行为：

(1) 私自接受委托、收取费用，接受委托人的财物或者其他利益；

(2) 利用提供法律服务的便利牟取当事人争议的权益；

(3) 接受对方当事人的财物或者其他利益，与对方当事人或者第三人恶意串通，侵害委托人的权益；

(4) 违反规定会见法官、检察官、仲裁员以及其他有关工作人员；

(5) 向法官、检察官、仲裁员以及其他有关工作人员行贿，介绍贿赂或者指使、诱导当事人行贿，或者以其他不正当方式影响法官、检察官、仲裁员以及其他有关工作人员依法办理案件；

(6) 故意提供虚假证据或者威胁、利诱他人提供虚假证据，妨碍对方当事人合法取得证据；

(7) 煽动、教唆当事人采取扰乱公共秩序、危害公共安全等非法手段解决争议；

(8) 扰乱法庭、仲裁庭秩序，干扰诉讼、仲裁活动的正常进行。

5. 按照国家规定承担法律援助义务的律师，应当提供法律援助义务。不得以经济原因等非正当理由推辞或拒绝。

## 真题演练

1. (2002 - 1 - 75)① 我国律师法和有关法律的规定，律师在执业活动中应保守的秘密事项有哪些？

A. 关系国家的安全和利益的信息

B. 关系当事人的商业秘密

C. 关系当事人的隐私

D. 合议庭成员名单

2. (2006 - 1 - 49)② 根据律师法、刑事诉讼法、民事诉讼法和行政诉讼法的规定，我国律师在执业过程中享有 11 个方面的权利。下列哪种权利在这些法律中没有明确规定？

A. 同犯罪嫌疑人、被告人通信的权利

B. 提出新证据的权利

C. 执业活动中人身权利不受侵犯的权利

D. 要求法官签发调查令的权利

3. (2007 - 1 - 90)③ 律师除特殊情况外，应当保守在执业活动中知悉的国家秘密和

① ABC。

② D。

③ ACD。





当事人的商业秘密，不得泄露当事人的隐私。下列情况中，律师的哪些做法是正确的？

- A. 在庭审中出具了委托人提供的包含有商业秘密的董事会会议记录作为证据
- B. 将十年来办结的案例汇编出版，其中包含了客户的商业秘密资料
- C. 发现委托人正在进行的行为将会发生致人伤亡的严重犯罪，立即将此情况向有关单位反映

D. 代理海关关税事务时发现委托人的行为属于走私犯罪，确信自己将被无辜地牵涉其中，遂将情况向有关单位反映

4. (2008-1-88)<sup>①</sup> 2007年10月28日第十届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议对《律师法》进行了修订。根据修订后的《律师法》，下列哪些选项是错误的？

A. 受委托的律师自案件审查起诉之日起，有权查阅、摘抄和复制与案件有关的所有材料

B. 犯罪嫌疑人被侦查机关第一次讯问或者采取强制措施之日起，受委托的律师凭律师执业证书、律师事务所证明和委托书或者法律援助公函，有权会见犯罪嫌疑人、被告人并了解有关案件情况。律师会见犯罪嫌疑人、被告人，不被监听

C. 律师在法庭上发表的代理、辩护意见不受法律追究。但是，发表危害国家安全、恶意诽谤他人、严重扰乱法庭秩序、泄露商业秘密的言论除外

D. 律师是维护当事人合法权益、维护法律正确实施、维护社会公平和正义的国家法律工作人员

5. (四川2008-1-50)<sup>②</sup> 关于司法职业，下列哪一选项是错误的？

A. 检察官不得兼任人民代表大会常务委员会的组成人员，不得兼任行政机关、审判机关以及企业、事业单位的职务，不得兼任律师

B. 担任最高人民法院法官应当从事法律工作满三年

C. 犯罪嫌疑人被侦查机关第一次讯问或者采取强制措施之日起，受委托的律师凭律师执业证书、律师事务所证明和委托书或者法律援助公函，有权会见犯罪嫌疑人并了解有关案件情况。律师会见犯罪嫌疑人时，侦查机关可以监听

D. 公证机构不得以诋毁其他公证机构、公证员或者支付回扣、佣金等不正当手段争揽公证业务

## 考点五 法律援助制度

### 重点法条

#### 《法律援助条例》

★★第十条 公民对下列需要代理的事项，因经济困难没有委托代理人的，可以向法

<sup>①</sup> ACD。《律师法》第34条规定的有权查阅、摘抄和复制的材料是与案件有关的材料而不是所有材料。故A错误。第37条第2款规定“律师在法庭上发表的代理、辩护意见不受法律追究。但是，发表危害国家安全、恶意诽谤他人、严重扰乱法庭秩序的言论除外。”该条没有规定泄露商业秘密要受法律追究。而且，虽然律师有保守商业秘密的义务，但是在法庭发表代理、辩护意见时，为了维护当事人合法权益、查明案件事实，难免会涉及商业秘密，因此在法庭上泄露商业秘密不应被追究法律责任。如果当事人担心泄露商业秘密，可以申请不公开审理。故C错误，不当选。律师是维护当事人合法权益的，但律师并不是维护法律正确实施、维护社会公平正义的国家法律工作人员，故D错误。

<sup>②</sup> C。



法律援助机构申请法律援助：

- (一) 依法请求国家赔偿的；
- (二) 请求给予社会保险待遇或者最低生活保障待遇的；
- (三) 请求发给抚恤金、救济金的；
- (四) 请求给付赡养费、抚养费、扶养费的；
- (五) 请求支付劳动报酬的；
- (六) 主张因见义勇为为行为产生的民事权益的。

省、自治区、直辖市人民政府可以对前款规定以外的法律援助事项作出补充规定。

公民可以就本条第一款、第二款规定的事项向法律援助机构申请法律咨询。

★★第十一条 刑事诉讼中有下列情形之一的，公民可以向法律援助机构申请法律援助：

(一) 犯罪嫌疑人被侦查机关第一次讯问后或者采取强制措施之日起，因经济困难没有聘请律师的；

(二) 公诉案件中的被害人及其法定代理人或者近亲属，自案件移送审查起诉之日起，因经济困难没有委托诉讼代理人的；

(三) 自诉案件的自诉人及其法定代理人，自案件被人民法院受理之日起，因经济困难没有委托诉讼代理人的。

★★第十二条 公诉人出庭公诉的案件，被告人因经济困难或者其他原因没有委托辩护人，人民法院为被告人指定辩护时，法律援助机构应当提供法律援助。

被告人是盲、聋、哑人或者未成年人而没有委托辩护人的，或者被告人可能被判处死刑而没有委托辩护人的，人民法院为被告人指定辩护时，法律援助机构应当提供法律援助，无须对被告人进行经济状况的审查。

★第十八条 法律援助机构收到法律援助申请后，应当进行审查；认为申请人提交的证件、证明材料不齐全的，可以要求申请人作出必要的补充或者说明，申请人未按要求作出补充或者说明的，视为撤销申请；认为申请人提交的证件、证明材料需要查证的，由法律援助机构向有关机关、单位查证。

对符合法律援助条件的，法律援助机构应当及时决定提供法律援助；对不符合法律援助条件的，应当书面告知申请人理由。

★第二十二条 办理法律援助案件的人员，应当遵守职业道德和执业纪律，提供法律援助不得收取任何财物。

★★第二十三条 办理法律援助案件的人员遇有下列情形之一的，应当向法律援助机构报告，法律援助机构经审查核实的，应当终止该项法律援助：

- (一) 受援人的经济收入状况发生变化，不再符合法律援助条件的；
- (二) 案件终止审理或者已被撤销的；
- (三) 受援人又自行委托律师或者其他代理人的；
- (四) 受援人要求终止法律援助的。

### 考点解析

法律援助制度，也称法律救助、法律扶助或法律服务制度，是世界上许多国家所普遍采用的一项司法救济制度。





## 1. 我国法律援助制度的特征

(1) 法律援助制度责任主体的明确性——政府，法律援助是政府的责任，县级以上人民政府应采取积极措施推动法律援助工作。

(2) 法律援助工作的统一性——四统一，即法律援助案件，由法律援助机构统一受理、统一审查、统一指派、统一监督，这是法律援助制度的核心。

(3) 法律援助服务的无偿性。

(4) 法律援助范围的广泛性。

(5) 法律援助形式的丰富性。

(6) 法律援助实施人员的多样性。包括律师、法律援助机构的工作人员、社会团体（如工会、妇联）、事业单位（如高校）等。

## 2. 法律援助的对象

(1) 有充分理由证明为保障自己合法权益需要帮助，或者确因经济困难，无能力或者无完全能力支付法律服务费用的我国公民，可以通过申请获得法律援助。

(2) 盲、聋、哑和未成年人为刑事被告人或犯罪嫌疑人，没有委托辩护律师的，应当获得法律援助。可能判处死刑的刑事被告人没有委托辩护律师的应当获得法律援助。其他残疾人、老年人为刑事被告人或者犯罪嫌疑人，因经济困难没有能力聘请辩护律师的，可以获得法律援助。

(3) 刑事案件中外国籍被告人没有委托辩护人，人民法院为其指定律师辩护的，可以获得法律援助。

## 3. 法律援助的范围

刑事案件、民事案件、行政案件。具体参照《法律援助条例》第10条至第12条掌握。

## 4. 法律援助的申请

一般向义务人或被请求人所在地的法律援助机构提出申请。对于刑事案件的当事人，应向审理案件的人民法院所在地的法律援助机构提出申请。

## 5. 法律援助的实施

(1) 实施形式：法律援助咨询、法律援助代理（包括刑事、民事、行政诉讼代理和仲裁法律援助代理）、刑事法律援助辩护、法律援助调解、法律援助公证。

(2) 实施主体：共四类：法律援助机构的专业人员；律师事务所的律师；公证机关的公证员；基层法律服务工作者。

## 6. 法律援助的终止

原则上讲，当法律援助对象的情形发生变化，不再符合法律援助条件时，应当终止。主要包括以下几种情况：

(1) 受援人的经济收入状况发生变化，不再符合法律援助条件的；

(2) 案件终止审理或者已被撤销的；

(3) 受援人又自行委托律师或者其他代理人的；

(4) 受援人要求终止法律援助的。



1. (2006-1-50)<sup>①</sup> 法律援助制度是世界上许多国家普遍采用的一项司法救济制度。下列关于我国法律援助制度的哪一表述是错误的?

- A. 律师和律师事务所是法律援助的责任主体
- B. 法律援助机构既包括四级政府的法律援助组织, 也包括社会团体、民间组织的法律援助组织
- C. 法律援助的实施形式包括法律援助咨询、刑事代理、民事代理、行政代理、仲裁代理、刑事辩护、调解和公证等方式
- D. 在办理法律援助事项时, 法律援助人员未经法律援助机构批准, 不得终止法律援助或者委托他人代为办理法律援助事项

2. (四川 2008-1-48)<sup>②</sup> 下列哪一种情况不构成法律援助机构拒绝为申请人提供法律援助的理由?

- A. 申请代理的事项是主张因见义勇为行为产生的民事权益
- B. 申请人提交的证明材料不齐全, 又未按要求作出补充
- C. 申请人提出申请后, 自行委托了其他代理人
- D. 申请人提出申请后, 继承了一大笔遗产



① A。

② A。

# 第十七讲 律师职业道德和职业责任

【本讲概要】 律师职业道德是司法考试的必考点。

## 考点一 律师职业道德

### 考点解析

#### 1. 律师职业道德

律师职业道德，是指律师在从事律师业务，为社会提供法律服务时，所应当遵守的行为规范的总称。

律师职业道德的主体是律师（包括公职律师、实习律师和律师助理等）和律师事务所。律师职业道德规范的对象主要是律师的执业行为。由于律师的一些非执业活动在一定程度上也影响着律师的职业形象，因此一些相关的执业以外的活动，也应受到律师职业道德的约束。

#### 2. 律师职业道德的基本准则

（1）律师必须忠实于宪法、法律。

（2）律师必须诚实守信，勤勉尽责，依照事实和法律，维护委托人利益，维护法律尊严，维护社会公平、正义。

（3）律师应当注重职业修养，珍视和维护律师职业声誉，以法律法规以及社会公认的道德规范约束自己的业内外言行，以影响、加强公众对于法律权威的信服与遵守。

（4）律师必须保守国家机密、委托人的商业秘密及个人隐私。

（5）律师应当努力钻研业务，不断提高执业水平。

（6）律师必须尊重同行，公平竞争，同业互助。

（7）律师应当关注、积极参加社会公益事业。

（8）律师必须遵守律师协会章程，履行会员义务。

## 考点二 律师执业职责

### 重点法条

#### 《律师执业行为规范（试行）》

★★★第十四条 律师不得在两个或两个以上律师事务所执业。同时在一个律师事务所和一个其他法律服务机构执业的视同在两个律师事务所执业。

因涉及专业领域问题而邀请另一律师事务所参与办理，且该律师所在的律师事务所与



被邀请的律师事务所之间以书面形式约定法律后果由前者承担并告知委托人的，不违背上述的规定。

★★第十六条 律师不得向委托人就某一案件的判决结果作出承诺。

律师在依据事实和法律对某一案件作出某种判断时，应向委托人表明作出的判断仅是个人意见。

★★第十七条 律师提供法律服务时，不仅应当考虑法律，还可以以适当方式考虑道德、经济、社会、政治以及其他与委托人的状况相关的因素。

★★第十九条 律师在执业活动中不得从事，或者协助、诱使他人从事以下行为：

- (一) 具有恶劣社会影响的行为；
- (二) 欺骗、欺诈的行为；
- (三) 妨碍国家司法、行政机关依法行使权力的行为；
- (四) 明示或暗示具有某种能力，可能不恰当地影响国家司法、行政机关改变既定意见的行为；
- (五) 协助或怂恿司法、行政人员或仲裁人员进行违反法律的行为。

★★★第二十条 律师不得私自接受委托承办法律事务，不得私自向委托人收取费用、额外报酬、财物或可能产生的其他利益。

### 考点解析

律师的执业职责主要有：

1. 禁止在两个或两个以上的律师事务所执业。
2. 禁止就案件判决结果作出承诺。
3. 不得从事或协助、引诱他人从事违法行为。
4. 不得私自承办案件，私自接受委托。

### 真题演练

(2005 - 1 - 89)① 王某因抢劫被一审法院判处四年有期徒刑后提出上诉。王某父亲从报上看到张律师专打刑事官司的广告后，找到张律师。张律师称其有多年办理刑事上诉案件的经验，胜诉率在 90% 以上，而且二审法院的承办法官是他的同学，有把握争取改判。经张律师提议，王父同意聘请张律师为王某的二审辩护人，律师费为 3 万元，如果改判无罪则另付 7 万元，改判缓刑则另付 5 万元。在张律师暗示下，王父去做受害人杨某工作，希望杨某私了，如改变证词则付 4 万元。根据上述事实，张律师的下列哪些行为违反了律师执业行为规范？

- A. 明示与司法机关的特殊关系
- B. 为承揽业务作出虚假承诺，对委托人进行误导
- C. 对刑事案件根据诉讼结果协议收费
- D. 怂恿委托人制造伪证

① ABCD。



重点法条

《律师执业行为规范（试行）》

★★第二十三条 律师执业必须持有司法行政机关颁发的有效的律师执业证。律师执业证是律师执业的唯一凭证。

★第二十四条 律师执业必须经过律师协会规定的岗前培训。

★第九十二条 律师收费应当考虑以下合理因素：

- （一）从事法律服务所需工作时间、难度、包含的新意和需要的技巧等；
- （二）接受这一聘请会明显妨碍律师开展其他工作的风险；
- （三）同一区域相似法律服务通常的收费数额；
- （四）委托事项涉及的金额和预期的合理结果；
- （五）由委托人提出的或由客观环境所施加的法律服务时间限制；
- （六）律师的经验、声誉、专业水平和能力；
- （七）费用标准及支付方式是否固定，是否附有条件；
- （八）合理的成本。

★第九十五条 律师事务所应当在委托代理合同中约定收费方式、标准、支付方法等收费事项。

★第九十六条 以诉讼结果或其他法律服务结果作为律师收费依据的，该项收费的支付数额及支付方式应当以协议形式确定，应当明确计付收费的法律服务内容、计付费用的标准、方式，包括和解、调解或审判不同结果对计付费用的影响，以及诉讼中的必要开支是否已经包含于风险代理酬金中等。

★第九十七条 律师和律师事务所不能以任何理由和方式向赡养费、扶养费、抚养费以及刑事案件中的委托人提出采用根据诉讼结果协议收取费用，但当事人提出的除外。

★★第九十八条 律师不得私自收案、收费。委托人所支付的费用应当直接交付律师所在的律师事务所，律师不得直接向委托人收取费用。委托人委托律师代交费用的，律师应将代收的费用及时交付律师事务所。

考点解析

（一）执业前提

1. 持有律师执业证；
2. 必须经过律师协会规定的岗前培训；
3. 进行执业宣誓。

（二）律师收费规范

1. 律师收费的原则

律师收取的费用可以分为律师费和办案费用。律师费是指律师事务所因本所执业律师为当事人提供法律服务，向当事人收取的一定数量的费用。办案费用是指律师在办理案件



过程中发生的律师费以外的其他费用,例如:鉴定的费用;合理的通讯费、复印费、交通费等;经委托人同意的专家论证费等。这些办案费用应当由委托人在律师费之外另行支付。

不同律师事务所的收费也有所不同。合理的收费应当考虑以下因素:

- (1) 从事法律服务所需工作时间、难度、包含的新意和需要的技巧等;
- (2) 接受这一聘请会明显妨碍律师开展其他工作的风险;
- (3) 同一区域相似法律服务通常的收费数额;
- (4) 委托事项涉及的金额和预期的合理结果;
- (5) 由委托人提出的或由客观环境所施加的法律服务时间限制;
- (6) 律师的经验、声誉、专业水平和能力;
- (7) 费用标准及支付方式是否固定,是否附有条件;
- (8) 合理的成本。

## 2. 律师收费的方式和要求

可以采用计时收费、固定收费、按标的额比例收费。在一个委托事项中可以同时使用几种方式,也可使用法律不禁止的其他方式。

但律师不得私自收案、收费。

## 3. 附条件收费

(1) 附条件收费的特殊要求。以诉讼结果或其他法律服务结果作为律师收费依据的,该项收费的支付数额及支付方式应当以协议形式确定,应当明确计付收费的法律服务内容、计付费用的标准、方式,包括和解、调解或审判不同结果对计付费用的影响,以及诉讼中的必要开支是否已经包含于风险代理酬金中等。

(2) 不能附条件收费的情况。律师和律师事务所不能以任何理由和方式向赡养费、扶养费、抚养费以及刑事案件中的委托人提出采用根据诉讼结果协议收取费用,但当事人提出的除外。

### 真题演练

(2000-1-37)<sup>①</sup> 当事人王某久闻吴律师大名,因一案涉讼委托全权代理,在向事务所交纳律师费以后又给吴办案费1万元,并声称无需任何票据,吴收受。对吴的这一行为依法应如何评价?

- A. 此1万元应属协商收费,吴不违反有关规定
- B. 此1万元可用于交通等费用,在当选规定许可范围以内
- C. 违反律师事务所统一收费的规定
- D. 如果吴律师在案件办结以后与当事人进行结算,多退少补,应当允许

### 考点四

## 委托代理关系的建立及接受委托的权限

### 重点法条

《律师执业行为规范(试行)》

★★第四十七条 律师应当与委托人就委托事项的代理范围、代理内容、代理权限、

<sup>①</sup> C。







代理费用、代理期限等进行讨论，经协商达成一致后，由律师事务所与委托人签署委托代理协议或者取得委托人的确认。

★★第四十八条 律师应当谨慎、诚实、客观地告知委托人拟委托事项可能出现的法律风险。

★★第五十五条 律师应当在授权范围内从事代理。如需特别授权，应事先取得委托人的书面确认。

★第五十八条 律师在代理过程中可能无辜地被牵涉委托人的犯罪行为时，律师可以为保护自己的合法权益而公开委托人的相关信息。

★★第五十九条 律师代理工作结束后，仍有保密义务。

★★第六十条 接受委托后，律师只能在委托权限内开展执业活动，不得擅自超越委托权限。

★★第六十五条 律师接受委托后，无正当理由不得拒绝履行协议约定的职责，不得无故拒绝辩护或代理。

### 考点解析

#### 1. 建立委托关系的基本要求

(1) 与当事人建立委托关系应当就委托事项的代理范围、代理内容、代理权限、代理费用、代理期限等事项达成一致，由律师事务所与委托人签署委托代理协议或者取得委托人的确认。

(2) 律师应谨慎、诚实、客观地告知委托人拟委托事项可能出现的法律风险。并且有权根据法律的要求和道德的标准，选择实现委托人目的的方法。

(3) 律师可以公开委托人授权同意披露的信息。律师在代理过程中可能无辜地被牵涉委托人的犯罪行为时，律师可以为保护自己的合法权益而公开委托人的相关信息。律师代理工作结束后，仍有保密义务。

(4) 在未征得委托人同意的情况下，律师不得同时接受有利益冲突的他方当事人委托，为其办理法律事务。

(5) 无正当理由，不得无故拒绝辩护或代理。

#### 2. 律师接受委托的权限

律师应当在授权范围内从事代理。如需特别授权，应事先取得委托人的书面确认。

律师接受委托时必须与委托人明确规定包括程序法和实体法两方面的委托权限。委托权限不明确的，律师应主动提示。

### 真题演练

1. (2004-1-50)<sup>①</sup> 下列关于律师执业行为规范的表述哪一项是正确的？

- A. 律师可以根据案件的进展情况，适时就某一案件的判决结果向委托人作出承诺
- B. 律师依法辩护、代理案件提出的预先分析意见没有实现，可以认定律师的意见是虚假承诺
- C. 律师接受委托时必须与委托人明确规定包括程序法和实体法两方面的委托权限。

<sup>①</sup> D。

委托权限不明确的，视为全权委托

D. 律师可以公开委托人授权同意披露的信息

2. (2009-1-88)<sup>①</sup> 刘律师出身建筑世家并曾就读建筑专业，现主要从事施工纠纷法律服务。开发商李某因开发的楼房倒塌被诉至法院，欲委托刘律师代理诉讼。关于接受委托和代理案件，刘律师的下列哪些做法符合律师职业有关规定？

A. 接受委托，了解并运用建筑和房地产知识分析案件，寻求对李某有利的理由

B. 接受委托，告知李某楼房倒塌系建筑风水原因，使其接受败诉结果

C. 明知不懂房地产开发业务会影响代理效果，但为经济效益极力宣扬建筑世家背景并接受委托

D. 考虑到不懂房地产业务会影响代理效果，决定不接受委托

## 考点五 禁止虚假承诺

### 重点法条

#### 《律师执业行为规范（试行）》

★★第六十七条 律师不得为谋取代理或辩护业务而向委托人作虚假承诺，接受委托后也不得违背事实和法律规定作出承诺。

★★第六十九条 律师根据委托人提供的事实和证据，依据法律规定对案件进行分析后，应向委托人提出预见性、分析性的结论意见，但应当注意避免虚假承诺。

★★第七十条 律师依法辩护、代理案件提出的正确意见未被采纳或因枉法裁判，使律师的预先分析意见没有实现，不能认为律师的意见是虚假承诺。

### 考点解析

律师必须遵守诚实信用原则，不得违背事实和法律作出虚假承诺，也不得为了建立委托代理关系而对委托人进行误导，为谋取代理或辩护义务向委托人作出虚假承诺。

律师在接受刑事辩护委托后，如果刑事辩护证据不足以否认有罪指控，不得承诺经过辩护必然获得无罪的结果。

委托人拟委托事项或者要求属于法律或者律师执业规范所禁止时，律师应当告知委托人，并提出修改建议或者予以拒绝。

但是，律师依法辩护、代理案件提出的正确意见未被采纳或因枉法裁判，使律师的预先分析意见没有实现，不能认为律师的意见是虚假承诺。

### 真题演练

(2007-1-89)<sup>②</sup> 律师的下列哪些行为构成对委托人的虚假承诺？

A. 依据事实、证据和担保法的有关规定，在诉讼中主张全部免除委托人的担保责任，但法院未采纳其意见

① AD。

② BC。



B. 与当事人签订法律服务合同前讨论案情时表示：“如果此案交给我办，至少能追回一百万元”

C. 接受辩护委托后，经过与被告人见面、详细查阅案卷、调查证据后，被告人尚有犯罪疑点的情况下，向委托人表示一定能让被告人无罪释放

D. 在分析案情的基础上向当事人提出案件很难胜诉，建议当事人争取和解

## 考点六 禁止非法牟取委托人的利益

### 重点法条

#### 《律师执业行为规范（试行）》

★★第七十二条 律师和律师事务所不得利用提供法律服务的便利，非法牟取委托人的利益。

### 考点解析

律师不得非法牟取委托人的利益，主要是指律师不得向委托人索取财物；不得获得其他不利于委托人的经济利益；不得与委托人争议的权益产生经济上的联系；不得与委托人约定胜诉后将争议标的物出售给自己；不得委托他人為自己或为自己的亲属收购、租赁委托人与他人发生争议的诉讼标的物。

非经委托人同意，律师不得运用来自于向委托人提供法律服务时所得到的信息牟取对委托人有损害的利益。

## 考点七 利益冲突和回避

### 重点法条

#### 《律师执业行为规范（试行）》

★★第七十七条 在接受委托之前，律师及其所属律师事务所应当进行利益冲突查证。只有在委托人之间没有利益冲突的情况下才可以建立委托代理关系。

★★第八十二条 曾经在前一法律事务中代理一方法律事务的律师，不得在以后相同或相似法律事务中运用来自该前一法律事务中不利前任委托人的相关信息，除非经该前任委托人许可，或有足够证据证明这些信息已为人所共知。

### 考点解析

利益冲突是指同一律师事务所代理的委托事项与该所其他委托事项的委托人之间有利益上的冲突，继续代理会直接影响到相关委托人的利益的情形。一般情形下，律师不得代理具有利益冲突的事项，但具有书面同意或豁免的除外。

1. 接受委托前，明知诉讼相对方或利益冲突方已委聘的律师是自己的近亲属或其他利害关系人的，应当予以回避，但双方委托人签发豁免函的除外。



2. 接受委托后, 知道诉讼相对方或利益冲突方委聘的律师是自己的近亲属或其他利害关系人的, 应及时将这种关系明确告诉委托人。委托人提出异议的, 律师应当予以回避。

3. 接受委托后, 知道诉讼相对方或利益冲突方已委聘同一律师事务所其他律师的, 应由双方律师协商解除一方的委托关系, 协商不成的, 应与后签订委托合同的一方或尚没有支付律师费的一方解除委托关系。

4. 解除或终止代理关系后, 曾经在前一法律事务中代理一方法律事务的律师, 不能再接受与前任委托人具有利益冲突的相对方委托, 办理相同法律事务, 除非前任委托人作出书面同意。

5. 身份上的利益冲突, 以政府官员、司法人员和仲裁人员身份办理过的事务, 在之后以律师身份处理同一法律事务时, 律师或律师事务所应当回避。

### 真题演练

(2000-1-36)<sup>①</sup> 律师代理民事案件, 在与当事人依法解除委托关系后, 下列选项哪个是律师不得从事的行为?

- A. 接受对方当事人委托办理其他法律事务
- B. 另外推荐律师担任原委托人的代理人
- C. 在同一案件中担任对方当事人的代理人
- D. 推荐律师担任对方当事人的代理人

## 考点八 转委托

### 重点法条

#### 《律师执业行为规范(试行)》

★第八十八条 未经委托人同意, 律师不得将委托人委托的法律事务转委托他人办理。

### 考点解析

律师接受委托后, 应当亲自办理委托的法律事务。未经委托人同意, 不得转委托他人办理。律师在接受委托后出现突患疾病、工作调动等情况, 需要更换律师的, 应当及时告知委托人。委托人同意更换律师的, 律师之间要及时移交材料, 并通过律师事务所办理相关手续。

非经委托人的同意, 律师不能因为转委托而增加委托人的经济负担。

<sup>①</sup> C。



## 考点九 委托代理关系的终止

### 重点法条

#### 《律师执业行为规范（试行）》

★★★第一百零七条 律师在办理委托事项过程中出现下列情况，律师事务所应终止其代理工作：

- （一）与委托人协商终止；
- （二）被取消或者中止执业资格；
- （三）发现不可克服的利益冲突；
- （四）律师的健康状况不适合继续代理；
- （五）继续代理将违反法律或者律师执业规范。

★★★第一百一十条 出现下列情况时，律师可以拒绝辩护、代理：

- （一）委托人利用律师提供的法律服务从事犯罪活动的；
- （二）委托人坚持追求律师认为无法实现的或不合理的目标的；
- （三）委托人在相当程度上没有履行委托合同义务，并且已经合理催告的；
- （四）在事先无法预见的前提下，律师向委托人提供法律服务将会给律师带来不合理的费用负担，或给律师造成难以承受的、不合理的困难的；
- （五）委托人提供的证据材料不具有客观真实性、关联性与合法性，或经司法机关审查认为存在伪证嫌疑的；
- （六）其他合法的缘由。

★★第一百一十二条 在解除委托关系前，律师必须采取合理可行的措施保护委托人利益，如及时通知委托人，使其有充分时间再委聘其他律师、收回文件的原件以及返还提前支付的费用等。

#### 《律师法》

★★第三十二条 委托人可以拒绝已委托的律师为其继续辩护或者代理，同时可以另行委托律师担任辩护人或者代理人。

律师接受委托后，无正当理由的，不得拒绝辩护或者代理。但是，委托事项违法、委托人利用律师提供的服务从事违法活动或者委托人故意隐瞒与案件有关的重要事实的，律师有权拒绝辩护或者代理。

### 考点解析

委托代理关系的终止可分为两种情形：

#### （一）律师拒绝辩护和代理

##### 1. 律师可以拒绝辩护、代理的情形

- （1）委托人利用律师提供的法律服务从事犯罪活动的；
- （2）委托人坚持追求律师认为无法实现的或不合理的目标的；
- （3）委托人在相当程度上没有履行委托合同义务，并且已经合理催告的；





(4) 在事先无法预见的前提下, 律师向委托人提供法律服务将会给律师带来不合理的费用负担, 或给律师造成难以承受的、不合理的困难的;

(5) 委托人提供的证据材料不具有客观真实性、关联性与合法性, 或经司法机关审查认为存在伪证嫌疑的;

(6) 其他合法的缘由。

## 2. 委托代理关系终止的程序性要求

(1) 律师在接受委托后发现可以拒绝辩护或代理的情况, 应当向委托人说明理由, 促使委托人接受律师的劝告, 纠正导致律师拒绝辩护或代理的事由。

(2) 终止代理, 律师应当尽可能提前向委托人发出通知。

(3) 终止代理, 律师事务所应当尽量不使委托人的合法利益受到影响。

(4) 律师无正当理由不得扣留委托人提供的材料。但是因拒绝辩护、代理而解除委托关系的, 律师可以保留与委托人有关的法律事务文件的复印件。

## (二) 委托人拒绝辩护和代理

委托人可以拒绝已委托的律师为其继续辩护或者代理, 同时可以另行委托律师担任辩护人或者代理人。

### 真题演练

1. (2002-1-79)<sup>①</sup> 被告人周某被公诉机关以犯诈骗罪为由提起公诉。鉴于周某年龄尚不满 18 周岁, 人民法院通过有关程序指定某律师事务所指派律师为周某辩护。该律师事务所指派路律师担任周某的辩护律师后, 路律师不得以哪些理由拒绝为周某辩护:

- A. 周某本人没有提出委托律师为其辩护的请求
- B. 周某没有直接与律师事务所办理委托手续, 也没有缴纳委托费用
- C. 根据刑法关于诈骗罪的规定, 周某不会被判处死刑
- D. 本人与本案合议庭组成人员陈法官是同学, 可能影响本案的公正审理

2. (2002-1-80)<sup>②</sup> 律师接受委托人的委托后, 发现委托人的行为或者要求具有哪些情形, 应当及时终止委托关系?

- A. 委托人所提出的要求不仅过分, 而且带有欺诈的性质
- B. 委托人向人民法院提交的所谓证据是伪造的, 会影响到案件的公正审理
- C. 委托人的要求有可能会给他人造成重大经济损失
- D. 委托人隐瞒案件的重要事实, 其所提供的证人证言是通过购买的方法获得的

3. (2005-1-49)<sup>③</sup> 骆律师代理甲公司与乙公司签订货物运输合同。甲公司与骆律师所在律师事务所签订的委托代理合同约定, 如果甲公司因该货物运输合同的履行发生纠纷, 亦由骆律师所在的律师事务所代理。后因乙公司未履行合同义务, 甲公司起诉乙公司, 骆律师以业务繁忙为由不愿代理该案件。在此情形下, 骆律师所在的律师事务所能否拒绝该案件的代理?

- A. 能, 因为甲公司的委托不成立

① ABCD。

② ABD。

③ D。



- B. 能, 因为甲公司与骆律师所在的律师事务所之间的代理关系已经终止
- C. 不能, 但是需要事先取得乙公司的同意
- D. 不能, 因为甲公司与骆律师所在的律师事务所之间的委托代理合同合法有效
4. (2007-1-50)<sup>①</sup> 律师接受律师事务所安排办理业务后, 律师事务所可以因某些情况的出现终止其代理工作。但发生下列哪一种情况时, 不得终止承办律师的代理工作?
- A. 发现了不可克服的利益冲突
- B. 承办律师另有一重大案件需要办理
- C. 承办律师突发急病无法继续工作
- D. 承办律师被管理机关中止执业资格

## 考点十 律师执业推广

### 重点法条

#### 《律师执业行为规范 (试行)》

★★★第一百一十六条 律师和律师事务所不能向中介人或者推荐人以许诺兑现任何物质利益或者非物质利益的方式, 获得有偿提供法律服务的机会。

★★第一百二十一条 律师在执业推广中, 不得提供虚假信息或者夸大自己的专业能力, 不得明示或者暗示与司法、行政等关联机关的特殊关系, 不得贬低同行的专业能力和水平, 不得以提供或者承诺提供回扣等方式承揽业务, 不得以明显低于同行业的收费水平竞争某项法律业务。

### 考点解析

#### 1. 律师执业推广中的合法方式

- (1) 律师可以通过简介等方式介绍自己的业务领域和专业特长。
- (2) 可以举办或者参加各种形式的专题、专业研讨会, 以推荐自己的专业特长。
- (3) 可以以自己或者律师事务所的名义参加各种社会公益活动, 参加各类依法成立的社团组织。

#### 2. 律师执业推广中的不当竞争方式

- (1) 律师和律师事务所不能向中介人或者推荐人以许诺兑现任何物质利益或者非物质利益的方式, 获得有偿提供法律服务的机会。
- (2) 不得提供虚假信息或者夸大自己的专业能力。
- (3) 不得明示或者暗示与司法、行政等关联机关的特殊关系。
- (4) 不得贬低同行的专业能力和水平。
- (5) 不得以提供或者承诺提供回扣等方式承揽业务。
- (6) 不得以明显低于同行业的收费水平竞争某项法律业务。

<sup>①</sup> B。



(2007-1-48)<sup>①</sup> 王律师为扩大业务范围采用的下列哪一做法是错误的?

- A. 在晚报上发布介绍自己专业范围、所在律师事务所和联系方法的广告
- B. 加入当地的企业家协会并免费提供法律咨询服务
- C. 向所有的同学发函, 承诺给介绍案源者 10% 的回报
- D. 参加房地产专题研讨会, 在会上发表“按揭”法律问题研究报告, 并向与会者派

发名片

## 考点十一

## 律师广告规范

### 重点法条

#### 《律师执业行为规范(试行)》

★★★第一百二十七条 律师个人广告的内容应当限于律师的姓名、肖像、年龄、性别、出生地、学历、学位、律师执业登记日期、所属律师事务所名称、在所属律师事务所的工作时间、收费标准、联系方式, 以及依法能够向社会提供的法律服务业务范围。

★★第一百二十九条 不得利用广告对律师个人、律师事务所作出容易引人误解或者虚假的宣传。

★★第一百三十条 律师和律师事务所发布的律师广告不得贬低其他律师或律师事务所及其服务。

### 考点解析

1. 律师广告是指律师和律师事务所为推广业务与获得委托, 让公众知悉、了解律师个人和律师事务所法律服务业务而发布的信息及其行为过程。

律师广告可以以律师个人名义发布, 也可以律师事务所名义发布。

以律师个人名义发布的律师广告应当注明律师个人所在的执业机构名称。律师个人广告的内容应当限于律师的姓名、肖像、年龄、性别、出生地、学历、学位、律师执业登记日期、所属律师事务所名称、在所属律师事务所的工作时间、收费标准、联系方式, 以及依法能够向社会提供的法律服务业务范围。

律师事务所广告的内容应当限于律师事务所名称、办公地址、电话号码、传真号码、邮政编码、电子信箱、网址、所属律师协会、所辖执业律师及依法能够向社会提供的法律服务业务范围简介。

律师广告不能作引人误解的宣传, 不得贬低同行, 也不得以有悖于律师使命、有失律师形象的方式制作广告, 不能采用一般商业广告的艺术夸张手段制作广告。

2. 在下列情况下, 律师和律师事务所不得发布律师广告: ①没有通过年度年检注册的; ②正在接受暂停执业处分的; ③受到通报批评处分未满 1 年的。

<sup>①</sup> C。



## 考点十二 律师宣传规范

### 重点法条

#### 《律师执业行为规范（试行）》

★★第一百三十六条 律师和律师事务所可以宣传所从事的某一专业法律服务领域，但不能自我声明或暗示其被公认或证明为某一专业领域的专家。

★★第一百三十七条 律师和律师事务所不能进行律师之间或律师事务所之间的比较宣传。

### 考点解析

律师宣传是指通过公众传媒以消息、特写、专访等形式对律师和律师事务所进行报道、介绍的信息发布行为。律师和律师事务所进行律师宣传着重注意：

1. 不得自己进行或授意、允许他人以宣传的形式发布律师广告。
2. 不能做可能会使公众产生对律师不合理期望的宣传。
3. 可以宣传所从事的某一专业法律服务领域，但不能自我声明或暗示其被公认或证明为某一专业领域的专家。
4. 不能进行律师之间或律师事务所之间的比较宣传。

## 考点十三 律师同行关系中的行为规范

### 重点法条

#### 《律师执业行为规范（试行）》

★★第一百四十一条 律师和律师事务所不得在公众场合及传媒上发表贬低、诋毁、损害同行声誉的言论。

★★第一百四十二条 在庭审或谈判过程中各方律师应互相尊重，不得使用挖苦、讽刺或者侮辱性的语言。

★★★第一百四十四条 律师和律师事务所在与委托人及其他人员接触中，不得采用下列不正当手段与同行进行业务竞争：

- （一）故意诋毁、诽谤其他律师或律师事务所信誉、声誉；
- （二）无正当理由，以在同行业收费水平以下收费为条件吸引客户，或采用承诺给予客户、中介人、推荐人回扣，馈赠金钱、财物方式争揽业务；
- （三）故意在委托人与其代理律师之间制造纠纷；
- （四）向委托人明示或暗示律师或律师事务所与司法机关、政府机关、社会团体及其工作人员具有特殊关系，排斥其他律师或律师事务所；
- （五）就法律服务结果或司法诉讼的结果作出任何没有事实及法律根据的承诺；
- （六）明示或暗示可以帮助委托人达到不正当目的，或以不正当的方式、手段达到委



托人的目的。

★★第一百四十五条 律师或律师事务所在与行政机关或行业管理部门接触中，不得采用下列不正当手段与同行进行业务竞争：

（一）借助行政机关或行业管理部门的权力，或通过某机关、某部门、某行业对某一类的法律服务事务进行垄断的方式争揽业务；

（二）没有法律依据地要求行政机关超越行政职权，限定委托人接受其指定的律师或律师事务所提供的法律服务，限制其他律师正当的业务竞争。

### 考点解析

律师同行关系中的行为规范主要包括：

1. 尊重与合作。

2. 禁止不正当竞争。

（1）禁止律师和律师事务所在与委托人及其他人员接触中的不正当竞争行为。

（2）禁止律师或律师事务所在与行政机关或行业管理部门接触中的不正当竞争行为。

（3）律师和律师事务所在与司法机关及司法人员接触中，不得采用下列不正当手段与同行进行业务竞争：①利用律师兼有的其他身份影响所承办业务正常处理和审理；②在司法机关内及附近 200 米范围内设立律师广告牌和其他宣传媒介；③向司法机关和司法人员散发附带律师广告内容的物品。

（4）律师和律师事务所相互之间不得采用下列手段排挤竞争对手的公平竞争，损害委托人的利益或者社会公共利益：①串通抬高或者压低收费；②为低价收费，不正当获取其他律师和律师事务所收费报价或者其他提供法律服务的条件；③非法泄露收费报价或者其他提供法律服务的条件等暂未公开的信息，损害所属律师事务所合法权益。

3. 律师和律师事务所不得擅自或非法使用社会特有名称或知名度较高的名称以及代表其名称的标志、图形文字、代号以混淆、误导委托人。社会特有名称或知名度较高的名称是指：

（1）有关政党、国家行政机关、行业协会名称；

（2）具有较高社会知名度的高等法学院校名称；

（3）为社会公众共知、具有较高知名度的非律师公众人物名称；

（4）知名律师以及律师事务所名称。

4. 律师和律师事务所不得伪造或者冒用法律服务质量名优标志、荣誉称号。使用已获得的律师以及律师事务所法律服务质量名优标志、荣誉称号的应当注明获得时间和期限。

### 真题演练

1. (2000-1-79)<sup>①</sup> 下列某律师事务所开展业务时发生的行为，哪些属于不正当的竞争行为？

A. 给办案律师 35% 的提成

B. 在报纸上刊登介绍本律师事务所的广告

<sup>①</sup> CD。



- C. 给案源介绍人以回扣  
D. 给委托人办事员劳务费
2. (四川 2008-4-5)①

**案情：**王某(女)与李某(男)于1998年结婚后居住在某省A市C区。2003年1月，李某去B市打工并一直居住在该市D区。2004年5月，李某向自己所在的B市D区人民法院提起诉讼，要求与王某离婚，D区人民法院裁定不予受理。

李某回到A市后，向A市C区人民法院起诉与王某离婚。C区人民法院受理后，李某找到律师杨某进行咨询。杨某看了案件材料后，第二天向李某讲了法院将会判决离婚的意见；李某向杨某表示，某律师想代理其诉讼；杨某当即对李某说，该律师所承办的案件85%都打输了，同时向李某示意其同学在A市C区人民法院某庭当庭长。李某深信不疑，决定委托杨某代理诉讼。李某因为不愿与王某见面，向法院申请不出庭，C区人民法院予以准许。

C区人民法院公开审理了此案。在开庭审理中，李某的诉讼代理人杨某称，李某要求离婚的原因，是王某所生的孩子与李某没有血缘关系，但未提供任何证据；王某承认自己所生的孩子不是李某的，但表示双方依然存在感情，不愿意离婚。C区人民法院经过审理，判决不准予离婚。李某不服一审判决提起上诉。A市中级人民法院认为王某已承认孩子非与李某所生，就表明两人感情确已破裂，应当判决离婚。遂于2007年4月作出二审判决，准予离婚，其中明确了孩子的抚养权和财产的分割。

王某认为其与李某的感情并未破裂，法院的离婚判决存在问题，2007年6月向A市检察院提出申诉。A市检察院经审查认为，A市中级人民法院认定事实不清，准予离婚的判决存在错误，财产分配也明显不当，且对李某私存的存款部分未进行分割，拟以本院名义通过审判监督程序要求法院纠正错误判决。

**问题：**律师杨某有哪些行为违反了律师职业道德？

## 考点十四

## 律师在诉讼与仲裁中的行为规范

### 重点法条

#### 《律师执业行为规范(试行)》

★第一百六十二条 律师不得在公共场合或向传媒散布、提供与司法人员及仲裁人员的任职资格和品行有关的轻率言论。

★★第一百六十六条 律师在执业过程中，因对事实真假、证据真伪及法律适用是否正确而与诉讼相对方意见不一的，或为了向案件承办人提交新证据的，可以与案件承办人在司法机关内指定场所接触和交换意见。

★★第一百六十七条 律师不得以不正当动机与司法、仲裁人员接触。

### 考点解析

律师在诉讼与仲裁中的行为规范主要包括：

① 对案件进行胜诉分析的意见而未表明是个人意见；诋毁其他律师；向当事人暗示与法官的关系。





### 1. 回避规范

除《律师法》第41条外，法官、检察官任职回避中均有解释，故此不再重复。

### 2. 调查取证规范

律师不得伪造证据，不能非法改变证据的内容、形式或属性；不得威胁、利诱他人提供虚假证据；不得利用他人的隐私及违法行为，胁迫他人提供与实际情况不符的证据材料；不得利用各种利益引诱他人提供虚假证据。

律师不得向司法机关和仲裁机构提交已明知是由他人提供的虚假证据；在已了解事实真相的情况下，不得暗示委托人或有关人员出具无事实依据的证据。

律师作为必要证人出庭作证的，不得再接受委托担任该案的辩护人或代理人出庭。

### 3. 谨慎司法评论规范

律师不得在公共场合或向传媒散布、提供与司法人员及仲裁人员的任职资格和品行有关的轻率言论。

在诉讼或仲裁案件终审前，承办律师不得通过传媒或在公开场合发布任何可能被合理认为损害司法公正的言论。

### 4. 维护司法公正规范

律师不能当庭评论（包括批评和颂扬）审判人员、仲裁人员言论；对于庭审中存在的问题，可以在休庭后向法官、仲裁员个人或其主要部门口头或书面提出。

律师不得违反规定单方面会见法官，但可以与案件承办人在司法机关内指定场所接触和交换意见。

律师在代理案件之前及其代理过程中，不得向当事人宣称自己与受理案件法院的法官具有亲朋、同学、师生、曾经同事等关系，并不得利用这种关系或者以法律禁止的其他形式干涉或者影响案件的审判。

律师不得明示或者暗示法官为其介绍代理、辩护等法律服务业务。

律师不得以各种非法手段打听案情，不得违法误导当事人的诉讼行为。

## 真题演练

(2004-1-79)① 下列哪些行为违反了律师执业行为规范？

- A. 律师申某主动向当事人出具意见，论证一审判决错误应予改判
- B. 律师潘某向多个法院的院长、庭长写信，承诺介绍案件将提供中介费
- C. 律师刘某明知当事人提供的证据是编造的，仍向法院提交
- D. 律师韩某的名片上印有“某法院经济庭前庭长”

## 考点十五 律师与律师行业管理或行政管理机构关系中的行为规范

### 重点法条

《律师执业行为规范（试行）》

★第一百七十三条 律师和律师事务所因执业成为民事被告或被确定为犯罪嫌疑人或

① BCD。



受到行政机关调查、处罚，应当向律师协会做出书面报告。

### 考点解析

律师与律师行业管理或行政管理机构关系中的行为规范着重掌握：

1. 接受管理。
2. 重大事项报告或备案。

律师和律师事务所参加国际性律师组织或者其他组织并成为会员的，应当提前报律师协会批准。

律师和律师事务所因执业成为民事被告或被确定为犯罪嫌疑人或受到行政机关调查、处罚，应当向律师协会作出书面报告。

3. 参与律协活动。
4. 自觉接受调解处理。

律师和律师事务所应自觉接受律师协会及其相关机构的调解处理，履行律师协会就律师执业纠纷作出的裁决。

## 考点十六 执业处分

### 重点法条

#### 《律师法》

★第四十七条 律师有下列行为之一的，由设区的市级或者直辖市的区人民政府司法行政部门给予警告，可以处五千元以下的罚款；有违法所得的，没收违法所得；情节严重的，给予停止执业三个月以下的处罚：

- （一）同时在两个以上律师事务所执业的；
- （二）以不正当手段承揽业务的；
- （三）在同一案件中为双方当事人担任代理人，或者代理与本人及其近亲属有利益冲突的法律事务的；
- （四）从人民法院、人民检察院离任后二年内担任诉讼代理人或者辩护人的；
- （五）拒绝履行法律援助义务的。

★★第四十八条 律师有下列行为之一的，由设区的市级或者直辖市的区人民政府司法行政部门给予警告，可以处一万元以下的罚款；有违法所得的，没收违法所得；情节严重的，给予停止执业三个月以上六个月以下的处罚：

- （一）私自接受委托、收取费用，接受委托人财物或者其他利益的；
- （二）接受委托后，无正当理由，拒绝辩护或者代理，不按时出庭参加诉讼或者仲裁的；
- （三）利用提供法律服务的便利牟取当事人争议的权益的；
- （四）泄露商业秘密或者个人隐私的。

★第四十九条 律师有下列行为之一的，由设区的市级或者直辖市的区人民政府司法行政部门给予停止执业六个月以上一年以下的处罚，可以处五万元以下的罚款；有违法所得的，没收违法所得；情节严重的，由省、自治区、直辖市人民政府司法行政部门吊销其





律师执业证书；构成犯罪的，依法追究刑事责任：

（一）违反规定会见法官、检察官、仲裁员以及其他有关工作人员，或者以其他不正当方式影响依法办理案件的；

（二）向法官、检察官、仲裁员以及其他有关工作人员行贿，介绍贿赂或者指使、诱导当事人行贿的；

（三）向司法行政部门提供虚假材料或者有其他弄虚作假行为的；

（四）故意提供虚假证据或者威胁、利诱他人提供虚假证据，妨碍对方当事人合法取得证据的；

（五）接受对方当事人财物或者其他利益，与对方当事人或者第三人恶意串通，侵害委托人权益的；

（六）扰乱法庭、仲裁庭秩序，干扰诉讼、仲裁活动的正常进行的；

（七）煽动、教唆当事人采取扰乱公共秩序、危害公共安全等非法手段解决争议的；

（八）发表危害国家安全、恶意诽谤他人、严重扰乱法庭秩序的言论的；

（九）泄露国家秘密的。

律师因故意犯罪受到刑事处罚的，由省、自治区、直辖市人民政府司法行政部门吊销其律师执业证书。

★第五十条 律师事务所有下列行为之一的，由设区的市级或者直辖市的区人民政府司法行政部门视其情节给予警告、停业整顿一个月以上六个月以下的处罚，可以处十万元以下的罚款；有违法所得的，没收违法所得；情节特别严重的，由省、自治区、直辖市人民政府司法行政部门吊销律师事务所执业证书：

（一）违反规定接受委托、收取费用的；

（二）违反法定程序办理变更名称、负责人、章程、合伙协议、住所、合伙人等重大事项的；

（三）从事法律服务以外的经营活动的；

（四）以诋毁其他律师事务所、律师或者支付介绍费等不正当手段承揽业务的；

（五）违反规定接受有利益冲突的案件的；

（六）拒绝履行法律援助义务的；

（七）向司法行政部门提供虚假材料或者有其他弄虚作假行为的；

（八）对本所律师疏于管理，造成严重后果的。

律师事务所因前款违法行为受到处罚的，对其负责人视情节轻重，给予警告或者处二万元以下的罚款。

★第五十一条 律师因违反本法规定，在受到警告处罚后一年内又发生应当给予警告处罚情形的，由设区的市级或者直辖市的区人民政府司法行政部门给予停止执业三个月以上一年以下的处罚；在受到停止执业处罚期满后二年内又发生应当给予停止执业处罚情形的，由省、自治区、直辖市人民政府司法行政部门吊销其律师执业证书。

律师事务所因违反本法规定，在受到停业整顿处罚期满后二年内又发生应当给予停业整顿处罚情形的，由省、自治区、直辖市人民政府司法行政部门吊销律师事务所执业证书。

★★第五十三条 受到六个月以上停止执业处罚的律师，处罚期满未逾三年的，不得担任合伙人。



★第五十四条 律师违法执业或者因过错给当事人造成损失的，由其所在的律师事务所承担赔偿责任。律师事务所赔偿后，可以向有故意或者重大过失行为的律师追偿。

★★第五十五条 没有取得律师执业证书的人员以律师名义从事法律服务业务的，由所在地的县级以上地方人民政府司法行政部门责令停止非法执业，没收违法所得，处违法所得一倍以上五倍以下的罚款。

### 考点解析

律师职业责任，是指律师在执业活动中因违反有关法律、法规和执业纪律所应承担的责任，包括民事责任、行政责任、刑事责任和纪律处分。

#### 1. 律师的纪律处分

是律师协会对律师和律师事务所违反律师执业规范的行为所作的执业处分。律师纪律处分的种类包括：训诫；通报批评；公开谴责；取消会员资格。

#### 2. 律师和律师事务所的行政法律责任

对律师的行政处罚分为警告、停止执业、没收违法所得、吊销律师执业证书四种。注意：没有罚款。

对律师事务所的行政处罚分为警告、没收违法所得、停业整顿、罚款、吊销执业证书五种。

无论是吊销律师执业证书还是律师事务所的执业证书，都由省、自治区、直辖市人民政府司法行政部门进行。对没有取得律师执业证书的人员以律师名义从事法律服务业务的，由所在地的县级以上地方人民政府司法行政部门进行处罚。

#### 3. 律师和律师事务所的民事法律责任

律师违法执业或者因过错给当事人造成损失的，由其所在的律师事务所承担赔偿责任。律师事务所赔偿后，可以向有故意或者重大过失行为的律师追偿。律师和律师事务所不得免除或者限制因违法执业或者因过错给当事人造成损失所应当承担的民事责任。

#### 4. 律师和律师事务所的刑事法律责任

### 真题演练

1. (2000-1-38)<sup>①</sup> 董律师在承办一民事案件时，由于疏忽而将委托人的一份重要证据的原件丢失，致使委托人败诉，对此依法应当如何处理？

- A. 由董律师承担赔偿责任
- B. 由董律师和其所在律师事务所承担连带赔偿责任
- C. 由董律师所在律师事务所承担赔偿责任后，可向董律师追偿
- D. 由董律师承担主要赔偿责任，其所在的律师事务所承担次要责任

2. (2006-1-88)<sup>②</sup> 某开发商以其员工和关系人的名义冒充客户，虚构了250余份商品房买卖合同、个人收入证明和首付款证明，骗取个人住房贷款7亿多元。两家律师事务所的律师甲和乙作为银行按揭的主办律师，对数百份身份证、商品房买卖合同、签名和相

① C。

② AD。

关证明文件未作调查，就向银行出具法律意见书，证明贷款申请人符合申请贷款条件，具备偿还贷款能力。检察院在以贷款诈骗罪起诉开发商的同时，以提供虚假证明文件罪起诉了甲和乙。下列哪些表述是错误的？

- A. 律师违反敬业尽职义务的，只有其客户才有权向律师协会投诉和向法院起诉
- B. 如果甲和乙构成了该项犯罪，对律师事务所收取的律师费予以没收
- C. 如果甲和乙构成了该项犯罪，司法行政机关可以吊销其律师执业证
- D. 如果甲和乙构成的是过失犯罪，可以向其投保的保险公司请求赔付



## 第十八讲 公证制度

【本讲概要】 公证的范围、公证员的条件、公证的效力等内容是考试的重点。

### 考点一 公证制度概述

#### 重点法条

##### 《公证法》

★★第二条 公证是公证机构根据自然人、法人或者其他组织的申请，依照法定程序对民事法律行为、有法律意义的事实和文书的真实性、合法性予以证明的活动。

#### 考点解析

##### 1. 公证的概念

对公证的概念可从以下三个方面理解：

- (1) 公证的主体包括公证人和当事人。
  - (2) 公证的客体即公证对象，包括民事法律行为（如合同、继承、委托、声明、赠与、遗嘱、财产分割、招标投标、拍卖），有法律意义的事实（如婚姻状况、亲属关系、收养关系、出生、生存、死亡）以及有法律意义的文书（如毕业证、学位证、结婚证、公司章程）。
  - (3) 公证的内容是公证人证明公证客体的真实性与合法性。
- 公证制度是国家司法制度的重要组成部分，属于民事程序法的范畴。

##### 2. 我国公证制度的特征

(1) 公证是一种特殊的证明活动。在此注意掌握两点：①公证对象和内容的特定性。公证对象是没有争议的民事法律行为、有法律意义的事实和文书；公证的内容是证明公证对象的真实性与合法性。②公证效力的特殊性。公证书特殊的法律效力主要体现在：证据效力；强制执行效力；法律行为成立要件效力。

(2) 公证是一种非诉讼司法活动。

##### 3. 我国公证管理体制

我国实行司法行政机关行政管理与公证员协会行业管理相结合的公证管理体制。

### 考点二 公证机构及相关制度

#### 重点法条

##### 《公证法》

★★★第十一条 根据自然人、法人或者其他组织的申请，公证机构办理下列公证事项：





- (一) 合同；
- (二) 继承；
- (三) 委托、声明、赠与、遗嘱；
- (四) 财产分割；
- (五) 招标投标、拍卖；
- (六) 婚姻状况、亲属关系、收养关系；
- (七) 出生、生存、死亡、身份、经历、学历、学位、职务、职称、有无违法犯罪记录；
- (八) 公司章程；
- (九) 保全证据；
- (十) 文书上的签名、印鉴、日期，文书的副本、影印本与原本相符；
- (十一) 自然人、法人或者其他组织自愿申请办理的其他公证事项。

法律、行政法规规定应当公证的事项，有关自然人、法人或者其他组织应当向公证机构申请办理公证。

★★★第十二条 根据自然人、法人或者其他组织的申请，公证机构可以办理下列事务：

- (一) 法律、行政法规规定由公证机构登记的事务；
- (二) 提存；
- (三) 保管遗嘱、遗产或者其他与公证事项有关的财产、物品、文书；
- (四) 代写与公证事项有关的法律事务文书；
- (五) 提供公证法律咨询。

★★第十三条 公证机构不得有下列行为：

- (一) 为不真实、不合法的事项出具公证书；
- (二) 毁损、篡改公证文书或者公证档案；
- (三) 以诋毁其他公证机构、公证员或者支付回扣、佣金等不正当手段争揽公证业务；
- (四) 泄露在执业活动中知悉的国家秘密、商业秘密或者个人隐私；
- (五) 违反规定的收费标准收取公证费；
- (六) 法律、法规、国务院司法行政部门规定禁止的其他行为。

## 考点解析

### 1. 公证机构

公证机构是依法设立，不以营利为目的，依法独立行使公证职能、承担民事责任的证明机构。

### 2. 公证机构的设立

(1) 公证机构设立的原则。公证机构按照统筹规划、合理布局的原则，可以在县、不设区的市、设区的市、直辖市或者市辖区设立；在设区的市、直辖市可以设立一个或者若干个公证机构。注意：公证机构不按行政区划层层设立。

(2) 公证机构设立的条件：①有自己的名称；②有固定的场所；③有2名以上公证员；④有开展公证业务所必需的资金。

### 3. 公证业务范围

公证业务范围是指公证机构根据法律规定有权办理的公证法律事务。着重掌握《公证





法》第11条、第12条。

(1) 证明民事法律行为。民事法律行为是公证的主要事项,包括合同、继承、委托、声明、赠与、遗嘱、财产分割、招标投标、拍卖等。

(2) 证明有法律意义的事实,具体包括:婚姻状况、亲属关系、收养关系;出生、生存、死亡、身份、经历、学历、学位、职务、职称、有无犯罪记录等。

(3) 证明有法律意义的文书。具体包括:公司章程,文书上的签名、印鉴、日期,文书的副本、影印本与原本相符。

(4) 保全证据。当事人申请保全的证据的内容,须关系到其本人的合法权益。申请保全证据的原因,必须是证据有灭失或难以获得的危险,如证物容易腐烂、变质,证人长期出国等。申请保全的对象包括证人证言、书证、物证、视听资料、现场情况等。

(5) 其他业务。法律、行政法规规定由公证机构登记的事务;提存;保管遗嘱、遗产或者其他与公证事项有关的财产、物品、文书;代写与公证事项有关的法律事务文书;提供公证法律咨询。

#### 4. 法定公证制度

法定公证,是指法律、行政法规规定应当公证的事项,自然人、法人或者其他组织应当申请办理公证,公证机构应当依法给予公证,经过公证,该事项才能发生法律效力的一项公证制度。

法定公证与自愿公证相对,是以申请公证是否为当事人自愿为标准对公证事项所作的分类。不论法定公证还是自愿公证,均属于公证,因而都具有公证的三种法律效力,即:证据效力、强制执行效力和法律行为成立要件效力。根据法律、行政法规的有关规定,法定公证事项的效力主要为证据效力和法律行为成立要件效力。

目前,法定公证制度在我国还不完善,公证业务基本上由当事人自愿申请办理。

#### 5. 公证机构的管理制度

此部分着重理解执业过错责任追究制度。即:公证机构及其公证员因过错给当事人、公证事项的利害关系人造成损失的,由公证机构承担相应的赔偿责任;公证机构赔偿后,可以向有故意或者重大过失的公证员追偿。

#### 6. 公证执业责任保险

是指公证机构及其公证员在依法履行公证职责时,因工作过错给当事人或利害关系人造成直接经济损失,依法应当承担的赔偿责任属于公证执业责任的,在保险合同规定的范围内,由保险人对公证机构应当承担的赔偿金及有关费用给予补偿的一项法律制度。

### 真题演练

(2008-1-49)<sup>①</sup> 根据我国《公证法》规定,对下列哪一事项公证机关可予办理公证?

A. 马某拿着一份合同复印件到公证机关要求公证,经公证人员审查发现该合同有多处涂改痕迹

B. 女青年李某29岁,至今未婚,到公证机关办理处女公证

C. 张某与王某大学毕业工作多年,各自都有些积蓄,为避免婚后因财产问题发生纠

<sup>①</sup> C。

纷，双方决定到公证机关办理婚前财产公证

D. 杨父因正在读初中的儿子整天沉迷于网络游戏，多次劝说无效，遂决定与儿子解除父子关系，到公证机关申请公证

### 考点三 公证程序

#### 重点法条

##### 《公证法》

★★第二十五条 自然人、法人或者其他组织申请办理公证，可以向住所地、经常居住地、行为地或者事实发生地的公证机构提出。

申请办理涉及不动产的公证，应当向不动产所在地的公证机构提出；申请办理涉及不动产的委托、声明、赠与、遗嘱的公证，可以适用前款规定。

★★第二十六条 自然人、法人或者其他组织可以委托他人办理公证，但遗嘱、生存、收养关系等应当由本人办理公证的除外。

★★第三十一条 有下列情形之一的，公证机构不予办理公证：

- (一) 无民事行为能力人或者限制民事行为能力人没有监护人代理申请办理公证的；
- (二) 当事人与申请公证的事项没有利害关系的；
- (三) 申请公证的事项属专业技术鉴定、评估事项的；
- (四) 当事人之间对申请公证的事项有争议的；
- (五) 当事人虚构、隐瞒事实，或者提供虚假证明材料的；
- (六) 当事人提供的证明材料不充分或者拒绝补充证明材料的；
- (七) 申请公证的事项不真实、不合法的；
- (八) 申请公证的事项违背社会公德的；
- (九) 当事人拒绝按照规定支付公证费的。

##### 《公证程序规则》

★★第五十条 公证事项有下列情形之一的，公证机构应当终止公证：

- (一) 因当事人的原因致使该公证事项在六个月内不能办结的；
- (二) 公证书出具前当事人撤回公证申请的；
- (三) 因申请公证的自然人死亡、法人或者其他组织终止，不能继续办理公证或者继续办理公证已无意义的；
- (四) 当事人阻挠、妨碍公证机构及承办公证员按规定的程序、期限办理公证的；
- (五) 其他应当终止的情形。

#### 考点解析

##### 1. 公证的申请

(1) 申请人提交的材料应当真实、合法、充分。

(2) 公证代理。当事人申请办理公证，可以委托他人代理，但申请办理遗嘱、生存、收养关系等应当由本人办理的公证事项，不得委托他人代理。





(3) 公证申请的提出。自然人、法人或者其他组织申请办理公证,可以向住所地、经常居住地、行为地或者事实发生地的公证机构提出;申请办理涉及不动产的公证,应当向不动产所在地的公证机构提出,但申请办理涉及不动产的委托、声明、赠与、遗嘱的公证,可以向住所地、经常居住地、行为地或事实发生地的公证机构提出。

## 2. 公证的受理

公证处受理申请的条件为:①申请人与申请公证的事项有利害关系;②申请人之间对申请公证的事项无争议;③申请公证的事项属于公证处的业务范围;④申请公证的事项属于本公证处管辖。

## 3. 公证的审查

公证机构进行核实的方式主要有以下几种:询问当事人、公证事项的利害关系人和证人;调查;现场勘验;鉴定、检验检测、翻译。

## 4. 出具公证书

公证机构经过审查,应当自受理公证申请之日起15个工作日内向当事人出具公证书。但是,因不可抗力、补充证明材料或者需要核实有关情况的,所需时间不计算在期限内,并应当及时告知当事人。

公证书自出具之日起生效。但实际上,在送达当事人之前,公证书始终处于公证机构的控制之下,公证机构随时可以修改公证书,因而尚不能认为公证书已经发生法律效力。因此应当将“出具”理解为送达,即公证书从送达当事人之日起发生法律效力。

## 5. 不予办理公证和终止公证

不予办理公证,是指公证机构在办理公证的过程中,发现当事人申请公证的事项不真实、不合法或者当事人之间存在争议等情况时,而拒绝办理的行为。具体情形按照《公证法》第31条规定掌握。

终止公证,是指公证机构在办理公证的过程中,因遇到某种特殊情形,致使继续办理公证已不必要或者不应当继续办理公证,从而结束办理的行为。具体情形根据《公证程序规则》第50条规定掌握。

注意不要将两者混为一谈。

## 6. 公证书的认证

公证书的认证,是指国家外交机关和外国驻华使领馆对公证书上的印鉴和签名的真实性或对前一认证机关的印鉴和签名的真实性予以证明,从而使其在境外发生法律效力的活动。

公证书需要在国外使用,使用国要求先认证的,应当经中华人民共和国外交部或者外交部授权的机构和有关国家驻中华人民共和国使(领)馆认证。

## 7. 公证程序的特别规定

(1) 办理招标投标、拍卖、开奖等现场监督类公证,应当由2人共同办理,现场宣读公证证词,并在宣读后7日内将公证书发送当事人。该公证书自宣读公证证词之日起生效。

(2) 办理遗嘱公证,应当由2人共同办理。承办公证员应当全程亲自办理。特殊情况下只能由1名公证员办理时,应当请1名见证人在场,见证人应当在询问笔录上签名或者盖章。

(3) 公证机构派员外出办理保全证据公证的,由2人共同办理,承办公证员应当亲自

外出办理。

(4) 出具执行证书的特别规定。债务人不履行或者不适当履行经公证的具有强制执行效力的债权文书的, 公证机构可以根据债权人的申请依照有关规定出具执行证书。

(5) 公证调解的特别规定。经公证的事项在履行过程中发生争议的, 出具公证书的公证机构可以应当事人的请求进行调解。经调解后当事人达成新的协议并申请公证的, 公证机构可以办理公证; 调解不成的, 公证机构应当告知当事人就该争议依法向人民法院提民事诉讼或者向仲裁机构申请仲裁。

### 真题演练

(2007 - 1 - 49)<sup>①</sup> 关于我国公证制度, 下列哪一选项是错误的?

- A. 公证机构不以营利为目的
- B. 经过公证的以给付为内容并载明债务人愿意接受强制执行承诺的债权文书具有强制执行效力
- C. 当事人、公证事项的利害关系人对公证书内容有争议的, 可以就该争议向法院提起民事诉讼
- D. 自然人、法人或者其他组织办理公证, 均可委托他人办理

### 考点四 公证效力

#### 重点法条

#### 《公证法》

★第三十六条 经公证的民事法律行为、有法律意义的事实和文书, 应当作为认定事实的根据, 但有相反证据足以推翻该项公证的除外。

★第三十九条 当事人、公证事项的利害关系人认为公证书有错误的, 可以向出具该公证书的公证机构提出复查。公证书的内容违法或者与事实不符的, 公证机构应当撤销该公证书并予以公告, 该公证书自始无效; 公证书有其他错误的, 公证机构应当予以更正。

#### 《民事诉讼法》

★第二百一十四条第一款 对公证机关依法赋予强制执行效力的债权文书, 一方当事人不履行的, 对方当事人可以向有管辖权的人民法院申请执行, 受申请的人民法院应当执行。

#### 《公证程序规则》

★第六十一条 当事人认为公证书有错误的, 可以在收到公证书之日起一年内, 向出具该公证书的公证机构提出复查。

公证事项的利害关系人认为公证书有错误的, 可以自知道或者应当知道该项公证之日起一年内向出具该公证书的公证机构提出复查, 但能证明自己不知道的除外。提出复查的

<sup>①</sup> D。



期限自公证书出具之日起最长不得超过二十年。

复查申请应当以书面形式提出,载明申请人认为公证书存在的错误及其理由,提出撤销或者更正公证书的具体要求,并提供相关证明材料。

## 考点解析

### 1. 公证效力

公证效力是指公证书在法律上的约束力。它具有:①证据效力;②强制执行效力;③法律行为成立要件效力。

### 2. 公证的救济

#### (1) 提出复查

主体:当事人、利害关系人。

原因:认为公证书有错误。“公证书有错误”包括两个方面:①公证书证明的内容与实际情况不符或违反法律、法规的强制性规定。例如,公证的事项现实中并不存在;申请公证的文书签名、印鉴系当事人伪造或变造的;申请公证的法律行为是在当事人受胁迫或者受欺诈的情况下作出的等。②公证书的制作不规范,表述不恰当。

时间:1年内(收到公证书之日、知道或应当知道该公证之日起)。

向何机构提出:出具该公证书的公证机构。

(2) 公证机构收到复查申请后,应当指派原承办公证员之外的公证员进行复查。

公证机构应当自收到复查申请之日起30日内完成复查,公证机构办理复查,因不可抗力、补充证明材料或者需要核实有关情况的,所需时间不计算在前款规定的期限内,但补充证明材料或者需要核实有关情况的,最长不得超过6个月。

### 3. 公证书内容争议的诉讼

当事人、公证事项的利害关系人对公证书的内容有争议的,可以就该争议向人民法院提起民事诉讼。

如果当事人、公证事项的利害关系人认为公证书的内容违法或者公证的内容与事实不符的,则应就该事项提出复查,请求公证机构撤销公证书,而不是向人民法院提起民事诉讼。

## 考点五 公证员

### 重点法条

#### 《公证法》

★★第十八条 担任公证员,应当具备下列条件:

- (一) 具有中华人民共和国国籍;
- (二) 年龄二十五周岁以上六十五周岁以下;
- (三) 公道正派,遵纪守法,品行良好;
- (四) 通过国家司法考试;

(五) 在公证机构实习二年以上或者具有三年以上其他法律职业经历并在公证机构实习一年以上,经考核合格。





★★第二十条 有下列情形之一的，不得担任公证员：

- (一) 无民事行为能力或者限制民事行为能力的；
- (二) 因故意犯罪或者职务过失犯罪受过刑事处罚的；
- (三) 被开除公职的；
- (四) 被吊销执业证书的。

## 考点解析

### 1. 公证员的条件

(1) 积极条件：除《公证法》第18条外，从事法学教学、研究工作，具有高级职称的人员，或者具有本科以上学历，从事审判、检察、法制工作、法律服务满10年的公务员、律师，已经离开原工作岗位，经考核合格的，也可以担任公证员。

(2) 消极条件：公证员的消极条件与法官、检察官、律师、人民监督员不同。

列举如下：

法官（检察官）：①曾因犯罪受过刑事处罚的；②曾被开除公职的。

律师：①无民事行为能力或者限制民事行为能力。②受过刑事处罚的，但过失犯罪除外。③被开除公职或者被吊销律师执业证书的。

人民监督员：①受过刑事处罚或者受到刑事追究的；②被开除公职或者开除留用的。

公证员：①无民事行为能力或者限制民事行为能力的；②因故意犯罪或者职务过失犯罪受过刑事处罚的；③被开除公职的；④被吊销执业证书的。

### 2. 公证员的任命与免职

担任公证员，由省、自治区、直辖市人民政府司法行政部门审核同意后，报请国务院司法行政部门任命，并由省、自治区、直辖市人民政府司法行政部门颁发公证员执业证书。

有下列情形之一的，予以免职：①丧失中华人民共和国国籍的；②年满65周岁或者因健康原因不能继续履行职务的；③自愿辞去公证员职务的；④被吊销公证员执业证书的。

### 3. 公证员的权利与义务

(1) 公证员的权利：①有权获得劳动报酬，享受保险和福利待遇；②有权提出辞职、申诉或者控告；③非因法定事由和非经法定程序，不被免职或者处罚。

(2) 公证员的义务：①遵纪守法；②恪守职业道德；③依法履行公证职责；④保守执业秘密。

## 考点六 公证员职业道德的内容

## 考点解析

公证员职业道德，是指公证员在办理公证事务、履行公证职责的过程中或者从事与之相关的活动时所应遵守的行为规范。

公证员职业道德的内容包括：

1. 忠于事实、忠于法律。



2. 爱岗敬业、规范服务。
3. 加强修养、提高素质。
4. 清正廉洁、同业互助。

## 考点七 公证职业责任

### 重点法条

#### 《公证法》

★第四十一条 公证机构及其公证员有下列行为之一的，由省、自治区、直辖市或者设区的市人民政府司法行政部门给予警告；情节严重的，对公证机构处一万元以上五万元以下罚款，对公证员处一千元以上五千元以下罚款，并可以给予三个月以上六个月以下停止执业的处罚；有违法所得的，没收违法所得：

（一）以诋毁其他公证机构、公证员或者支付回扣、佣金等不正当手段争揽公证业务的；

（二）违反规定的收费标准收取公证费的；

（三）同时在二个以上公证机构执业的；

（四）从事有报酬的其他职业的；

（五）为本人及近亲属办理公证或者办理与本人及近亲属有利害关系的公证的；

（六）依照法律、行政法规的规定，应当给予处罚的其他行为。

★第四十二条 公证机构及其公证员有下列行为之一的，由省、自治区、直辖市或者设区的市人民政府司法行政部门对公证机构给予警告，并处二万元以上十万元以下罚款，并可以给予一个月以上三个月以下停业整顿的处罚；对公证员给予警告，并处二千元以上一万元以下罚款，并可以给予三个月以上十二个月以下停止执业的处罚；有违法所得的，没收违法所得；情节严重的，由省、自治区、直辖市人民政府司法行政部门吊销公证员执业证书；构成犯罪的，依法追究刑事责任：

（一）私自出具公证书的；

（二）为不真实、不合法的事项出具公证书的；

（三）侵占、挪用公证费或者侵占、盗窃公证专用物品的；

（四）毁损、篡改公证文书或者公证档案的；

（五）泄露在执业活动中知悉的国家秘密、商业秘密或者个人隐私的；

（六）依照法律、行政法规的规定，应当给予处罚的其他行为。

因故意犯罪或者职务过失犯罪受刑事处罚的，应当吊销公证员执业证书。

★★第四十三条第一款 公证机构及其公证员因过错给当事人、公证事项的利害关系人造成损失的，由公证机构承担相应的赔偿责任；公证机构赔偿后，可以向有故意或者重大过失的公证员追偿。

### 考点解析

公证职业责任，是指公证机构和公证员在公证活动中，因违反有关公证的法律、法规和职业道德规范所应当承担的责任，包括民事责任、行政责任、刑事责任和惩戒处分。注



意此处与法官检察官的职业责任不同，多出了惩戒处分。

### 1. 公证员的惩戒

公证员惩戒，又称公证员的纪律处分，是指公证员协会对公证员违反执业纪律和职业道德规范的行为所给予的处分。

对公证员的惩戒有六种，即：警告、严重警告、罚款、记过、暂停会员资格、取消会员资格。

### 2. 民事法律责任

(1) 条件是公证机构及其公证员的过错行为给当事人、公证事项的利害关系人造成了损失。

(2) 承担主体是公证机构及其公证员。

(3) 承担方式是赔偿损失。公证机构及其公证员所承担的民事责任仅限于赔偿损失，而不包括停止侵害、排除妨害、消除危险、赔礼道歉等其他民事责任方式。

(4) 承担民事责任的顺序是公证机构在先，公证员在后。

### 3. 刑事法律责任

公证机构及其公证员因职业行为构成犯罪的，应当追究其刑事责任。

### 4. 行政法律责任

是指公证机构和公证员对其违反有关公证管理的法律、法规和规章的行为所应承担的法律后果，具体表现为司法行政部门所给予的行政处罚。

根据公证法的规定，对公证机构的行政处罚分为警告、罚款、没收违法所得、停业整顿四种；对公证员的行政处罚分为警告、罚款、停止执业、没收违法所得、吊销执业证书五种。

因故意犯罪或者职务过失犯罪受刑事处罚的。应当吊销公证员执业证书。

## 真题演练

(2006-1-96)<sup>①</sup> 关于法律从业人员的职业道德和职业责任，甲、乙、丙、丁四人的下列何种说法是正确的？

A. 甲说，依我的意见，律师做广告、乱许诺、高收费、搞风险代理、不敬业尽职、挖墙脚争案源的，都应开除出律师队伍，情节恶劣的要严打

B. 乙说，法官就应该深居简出，高薪高福利，终身任职，任凭自己内心确信去独立判案

C. 丙说，新的《公证法》对私自出证、出假证、篡改公证书和泄露当事人商业秘密或隐私的，处罚很重，对公证处罚款可高到 10 万元，还可以没收违法所得，还可以吊销公证员执照，有的还可追究刑事责任

D. 丁说，对法律职业人员来说，总的要求就是忠实于事实，忠实于法律

<sup>①</sup> CD。



# 第四章 论述题写作



## 导 论

论述题是司法考试全部题目中最为独特的一种题型：它不是考察法律制度而是考察法律素养，不是考查学生法律运用而是考察其法律思维。论述题没有固定的模式，没有唯一正确的标准答案，因此显示出巨大的灵活性。

在国外，司法考试同样重视论述题。比如在德国，司法考试分两次进行，第一次考试包括书面考试和口头考试，其中书面考试又分当场闭卷考试和家庭论文两种方式。闭卷考试要求在规定的的时间和地点完成答题，家庭论文则可以带回家去在规定的时间内撰写。这里的家庭论文，其性质和功能就类似于我国司法考试中第四卷的论述题。

本章详细分析了司法考试论述题的特点和目的，在此基础上，提供了回答论述题写作的一般方法。要答好论述题，重在平时的阅读和训练，因此，我们以历年考题为材料，提供了参考范文，大家在阅读范文的过程中，尽量去体会和揣摩如下内容：如何分析材料、如何确立观点、如何展开论证。在参考和学习之后，一定要选择一些模拟材料自己动手写作，写上五六篇，自己的能力就会大大提高。为什么，“我亦无它，惟手熟尔。”

## 第十九讲 论述题的写作方法

### （一）论述题的特点

论述题是司法考试中一种比较独特的考试形式，无论是和前三卷的客观题相比，还是和第四卷的简答题、案例题相比，论述题都显得与众不同和难于把握。具体说来，作为一种试题类型，论述题具有如下特点：

1. 综合性。论述题的题目并不固定在某个法律领域，所有法学部门甚至是法制史中都有可能出题，而且往往是多个法律问题交织在一起，考生在回答时也需要从整个大法学的角度进行分析，而不是像回答案例题那样，从特定部门出发，再回归到特定部门。

2. 理论性。论述题不同于案例题的最大特点在于，案例题要像办案律师那样去解决，以国家有效的法律规范为依据，推导出结论或处理办法，而论述题要像法学家那样去处理，从法学的基本原理出发，对问题侧重进行理论上的分析，提出自己的观点。因此，论述题要求考生展现自己的法学素养和法学理论水平。

3. 灵活性。由于论述题的范围及于全部法学领域，论述题的考核不受现有制度的约束，论述题的素材会随着国家立法、司法以及学术研究而随时变化，所以相对于别的考试题目，论述题表现出巨大的灵活性：出题的方式灵活，考查的角度灵活，考生的回答当然也可以灵活。

因此，在某种意义上讲，论述题并没有固定的模式或者模板，论述题作为一种被法律界普遍赞赏的考核方式，绝对不可能落入僵化的套路。在回答问题时，考生应该以自信的心态来面对这种试题，结合题目材料，结合提问的要求，结合自己的学科优势及写作习惯，创造出最能展现自己法学功底的回答方式。

但是，否定论述题的答题模板，并不意味着论述题没有规律可循。实际上，论述题在本质上是一篇小论文，既然是论文，就有论文写作的一般规范，而作为法学领域的考试性文章，它的大致的理论范围还是可以确定的。因此，在这里，我们会就论述题的一些规律性、技巧性内容给考生一个介绍。

### （二）论述题的考核目的

作为一种独特和具有个性的考试题型，论述题的考核目的何在？了解了论述题的考核目的，我们才能有针对性地去准备和训练。

1. 考查考生的法律分析能力。面对一个问题，你是用普通人的思维 and 标准来对待，是用政治家或道学家的观点来看待，还是用一个专业的法律人的标准来看待。与其他职业或者群体的思维不同，法律人的思维是一种理性思维、程序性思维和法律至上的法治思维。因此，论述题考核的第一个目的就是：你是否在用法律人的思维模式和价值标准去分析和判断法律问题。

2. 考查考生的论证能力。法律人的工作是说服，法律结论的权威性不在其暴力而在其说理，法律人的工作就是论证一个结论是合法正当的，是应当被服从的。法律人应当进行论证，而没有资格简单地地下命令。因此，在论述题写作中，我们不仅要提出自己的观





点,更重要的是要用事实、规范、理论去证明自己观点的正确。

3. 法律表达能力。法律人的论证和说服要靠语言,而法律人所使用的不是通俗语言,而是专业的法言法语,这是行业内部大家进行交流和沟通所使用的语言体系。在论述题写作时,考生应当使用规范的法言法语。

总之,与其他题目不同,论述题是一种综合性和理论性较强的考试形式,它的主要目的是考查学生的法律分析能力、法律论证能力和法律表达能力,是要看考生是否具有法律职业者的专业思维,能否做到像法律人一样思考,像法律人一样论证,像法律人一样表达。

### (三) 论述题的基本类型

司法考试论述题都有哪些考核类型呢?通过对过去几年司法考试论述题的分析可以看出,目前论述题主要有两种类型:材料分析型题目和理论阐释型题目。

#### 1. 材料分析型

这种类型的论述题的题干部分往往是具体的部门法案件或者法律现象,要求学生结合这个材料写一篇文章,提出自己的看法,说明具体的理由。

材料分析型论述题的答题思路是“就事论事”,也就是说,一定要从材料出发,结合材料本身进行分析,运用部门法的原则、原理以及法治的标准对材料所反映的问题或现象作出自己的判断,是合法的还是违法的。这类题目切忌抛开材料,凭空议论,句句正确,但全部不着边际。

从以往考试的情况看,材料分析题出题的最可能范围主要为刑法、民商法、行政法、诉讼法等部门。

#### 2. 理论阐释型

这种类型的论述题往往不提供具体的案例,而是给考生一些背景资料或者一个法学命题,然后要求学生按照要求进行写作,阐释自己在这个命题上的看法、理解。如果说回答材料分析型论述题时考生就像在参加一个案例分析会,那么在回答理论阐释型论述题时考生就像在参加一个学术讨论会。

理论阐释型论述题的答题思路是“就理论理”,也就是说,相比于材料分析型题目,理论分析型问题更强调结合命题本身来运用法学原理,对相关问题进行理论上的分析、说明,拿出自己的看法和观点,展现自己的理论水平。

就以往出题情况看,理论阐释型论述题的可能出题思路包括:给一段法学名言,介绍一种法律制度或法律条文,提供一个法学争议命题,等等。

### (四) 论述题的答题技巧

论述题的答案本质上是一篇小文章,要把这篇文章写好,不仅要具备一定的法学水平,还要掌握必要的答题技巧。如果我们把论述题的小文章比作一个人,那么她必须具备三个方面的资质:高尚的灵魂、优美的体形、丰满的血肉。高尚的灵魂意味着这篇文章要有正确的观点,优美的形体意味着这篇文章要有合理的结构,而丰满的血肉则意味着这篇文章要有规范的语言。

#### 1. 确立合适的中心观点

(1) 观点必须鲜明。也就是说,考生不能持一个左右摇摆、模棱两可、似是而非的观



点，说了半天，让阅卷老师还是不明白你到底支持什么反对什么。尤其是在给材料论述题中，应该有自己的观点，即对于这种现象或者这个案件，你认为在法律上是对的还是错误的，是合法的还是违法的。

(2) 观点必须切题。也就是说，你的观点应该和考卷给出的材料或案例紧密结合，是可以从材料或案例中合理而自然地引申和归纳出来的，而不是风马牛不相及。如果观点和材料毫无关联或者关系不大，则说明作者的分析角度是有问题的，这样的回答会因脱题而无法得分。

(3) 也是最重要的是，观点必须正确。一般来说，理论型论述题没有固定的答案，考生不必为自己的观点是否会和阅卷人的观点相冲突而忧虑担心。这里所说的“观点正确”，主要是指你的观点在宏观上要符合民主法治的精神，符合现代社会发展的趋势和要求，有利于保障人权和实现社会公正，同时也必须符合当代中国的社会现实，符合党的基本路线和方针政策。

## 2. 文章的结构——三段论

论述题写作作为一篇小文章，应该具备三个部分：引题、论述和评析，最后是总结陈述，我们可以把它称为“三段论”的写作模式。

引题是第一部分，一段，大概用一百字左右，从材料中引申出你的观点或者问题，或者是就理论问题提出一个论述的角度，从而给文章确立一个中心。注意，在第一段引题部分一定不要照抄原文，以避免阅卷老师认为你在凑字数。对于材料，用一句话带过即可。

论述是第二部分，可以分为几个小段，字数最好在三百字到五百字之间。这一部分是文章的重点所在，主要是对材料中的问题进行法律分析，提出解决问题的思路或建议，或者是对题目给出的理论问题进行法理阐释，包括对不同的争论进行辨析，然后提出并论证自己对这个问题的看法。这里需要注意，如果作者提出了多个论证或理由，一定要安排好不同论证之间的逻辑关系，一般来说，应把最重要的理由放在最前面，以增强文章的说服力。要注意合适的分段，千万不要把所有理由都写在一段之中，段与段之间最好使用承接词以展现上下文间的逻辑关系，可以采取如下的写法：

- ① 首先……，其次……，再次……。
- ② 从一个方面来看……；从另一个方面来看……。
- ③ 第一……，第二……，最后……。

文章的第三部分是总结陈述，一段，字数大概在一百字左右。结束部分应是全文论述的概括和浓缩。考生在这里应用简洁的语言对全文的内容进行高度概括，以使论点更加突出。另外，在可能的情况下还可以结合当代中国的法律实践或法学研究对自己的论述进行理论上的提升，即把文章的境界提升到更高的层面，给文章一个有意义的结尾。

论述题分为三部分，但决定你的回答成败得失的关键是第二部分，即分析论证的部分，也就是说，想让阅卷人给你高分，你就必须提出有力的理由，说明你的观点正确，就像一个律师在法庭上说服法官接受自己的意见一样。

就论述题写作来说，进行评析和论证的方法主要有下面几种：

(1) 规范论证或制度论证。就是用现行有效的法律规定来证明你的观点，这是律师在法庭上最常用和最有效的论证方法。但论述题不是案例分析题，很少会运用具体的法律规则或法律条文来进行规范论证，而主要是运用相关部门法的法律原则或者宏观制度进行规范论证，比如运用刑法的三大原则，运用民法中的不当得利制度，运用诉讼法中的回避制



度，等等。

(2) 法理论证。法理论证或法哲学论证是论述题中最经常使用的论证方法，这种论证不依赖和局限于法律的明文规定，而是运用法学的一般原理进行证明或反驳。这里的法理包括部门法法理和一般法理。运用法理进行论证，需要考生具备比较深厚的法学理论功底。

(3) 社会现实论证。法律人不是艺术家，法律中也不允许出现不切合实际的浪漫遐想，所有的想法都应立足现实，符合社会需求，不超越真实生活。尤其在讨论当代中国的法律问题时，一定要注意：你提出的建议或者理论是否符合中国这个处在转型时期的发展不平衡的大国的现实。

除此之外，写文章还可以适当运用其他的论证方法，比如法律经济学分析、比较法的分析，心理学分析，等等。

最后需要特别强调的是，无论你使用什么样的分析论证方法，一定要是法律论证，不要成了道德论证、政治或哲学论证；到底用什么方法来分析论证，一定要根据材料、根据题目进行合适的选择，切忌盲目套用。

### 3. 语言与素材

法律人有自己的思维方式，也有自己的行业语言，因此，论述题写作一定要使用规范的法言法语，如果满篇都是大白话，基本的法律概念不会运用，肯定不会给阅卷老师留下好印象。

还要注意论述题写作的文风，这篇六七百字的小文章的文风要介于法学专业论文与普通叙述文章之间，既不能过于学究和僵化，也不能太过直白和轻松，它应当是一种理性、严谨但又不乏活泼和灵气的文章类型，具体来说就是报纸上的法学评论文。

文章写作中还要有恰到好处的材料引用，比如引用一两句著名法学家的言论、法律谚语和法律格言，引用某个法学流派的观点，引用著名法典、文献的条文规定，引用重大的判例等。合理素材的巧妙引用，会有助于提升文章的学术品位，博取阅卷老师的好感。

另外，如果你写的文章是一篇理论型文章，可以加上一个言简意赅、画龙点睛的标题，这样也许有助于阅卷老师快速、直接地抓住你文章的中心观点。

### (五) 其他注意事项

1. 论述题的出题，会受到当年国家法律决策和法学研究的重要影响，因此，考生在平时复习时，千万不可“两耳不闻窗外事，一心只读圣贤书”，要适当地关心国家立法、司法领域出现的新动向、新趋势，并且有意识地进行法理分析；要适当了解法学研究的大问题和前沿问题，积累一些法理知识和写作素材。

2. 论述题不是一时三刻就可以掌握的，它需要平时的阅读和积累，需要考生具备比较深厚的法学修养。建议考生在平时复习时可以有意识地阅读一些《法制日报》、《检察日报》、《南方周末》、《新京报》等报纸的法律评论栏目，以提高自己的法律思维、分析和表达能力。除了看，还要动手写，尤其是在考前一个月时间里，每周保持写一篇小文章，这样到了考场上很快就会找到写文章的感觉了。

3. 在第四卷答题时，要为论述题留够时间，一道论述题大约需要三十分钟的时间，心里拟定一个提纲，按照三段论的模式答够五百个字，只要不脱题，十来分的得分还是有保障的。文章的字数最好在控制在五百字到八百字之间，不要太多也不要太少。



4. 最后但是并非最不重要的是，文章一定要笔迹清楚书写工整，阅卷人在阅读了成千上万份试卷后容易精神疲惫，如果你字迹潦草，阅卷人是不会仔细辨认你所写内容的，相反，如果字迹工整行文整洁，就会给他留下美好的第一印象，而有时候，第一印象就是最终印象。

历年论述题考点及领域如下表所示。

年 份	涉 及 考 点	法 学 部 门
2003	行政行为的合法性、合理性	行政法学
2004	第一题：多元化纠纷解决机制 第二题：法律与科技	第一题：法理学 第二题：法理学
2005	第一题：精神损害赔偿、法官自由裁量、人格权保护、消费者权益保护、企业安保措施 第二题：判例、案例与司法解释	第一题：民法学、法理学 第二题：法理学
2006	第一题：行政行为的合法性、依法治国和法治理念 第二题：法无明文规定不为罪、法的渊源、法律解释与法律推理	第一题：行政法学、法理学 第二题：刑法学、法理学
2007	第一题：法律意识、法律现代化 第二题：行政行为的合法性	第一题：法理学 第二题：行政法学
2008	第一题：法律与自由 第二题：罪刑法定原则	第一题：法理学 第二题：刑法学
2008	诉讼时效、司法的性质	民法学、法理学
2009	信用制度、利益平衡	民法学、法理学



## 第二十讲 历年真题解析

### 试题1 (2004年卷四第7题, 本题25分)

甲男与乙女系隔壁邻居。因甲时常聚集三朋四友在家打麻将, 有时通宵达旦, 喧闹声严重影响了乙家正常的休息。乙多次到甲家说明自己身体不好, 神经衰弱, 且孩子要学习, 希望甲夜晚不要扰民。一次甲家正在玩麻将, 乙又敲门表示不满。甲认为乙在朋友面前扫了自己面子, 遂出言不逊, 辱骂乙神经病。乙亦怒斥甲不务正业, 像个赌徒。双方由此发生争吵, 引来邻里十数人, 纷纷劝说双方忍让。甲恼羞成怒, 上前拉住乙的衣服说: “我是赌徒, 你就是妓女。” 乙羞愤不已, 转身欲走, 但被甲拉住。挣扎间致乙衬衣被撕破, 上身部分裸露。乙遭此羞辱之后, 神经受到严重刺激, 神经衰弱加重, 不能正常生活、工作, 所在外企因此将其辞退。治病、休养、生活无来源, 使乙身心、财产俱遭损伤。后有朋友告诉乙, 此事不能作罢, 一定要讨个说法。

作为一名法律职业者, 你认为根据我国法律的规定, 有哪几种法律途径或方式可供乙选择, 以维护其权益。针对本案的实际情况, 你认为选择其中哪一种方式处理此事社会效果更好、更具优越性, 并请阐明理由。

#### 答题要求:

- (1) 运用掌握的法学和社会知识阐释你的观点和理由;
- (2) 说理充分, 逻辑严谨, 语言流畅, 表达准确;
- (3) 字数不少于500字。

#### 分析思路:

- (1) 列举适合于解决本案的法律途径。
- (2) 选择其中最优的一种, 详细陈述你的理由。

#### 参考范文:

甲与乙是隔壁邻居, 因生活琐事引发纠纷, 乙在纠纷中遭受了重大损失。结合本案具体情况并依据我国相关法律, 我认为本案有多种解决途径可供当事人选择: 其一, 直接向人民法院提起民事诉讼; 其二, 当事人双方私下进行和解; 其三, 到居委会或者人民政府有关部门进行调解。

作为一名法律工作者, 从维护当事人利益、积极化解矛盾的角度出发, 我认为通过调解解决此案应该还是比较合适的选择, 具体理由如下:

第一, 由于当事人之间已经发生了严重的冲突, 矛盾比较激化, 在这种情况下让双方当事人自己私下和解的可能性不是很大, 说不定还会因和解不成而导致矛盾升级。

第二, 诉讼虽然是最公平最权威的纠纷解决机制, 但是对于本案当事人来说选择打官司还是有很大困难的。由于当事人对法律和诉讼程序不大了解, 为进行诉讼, 一般需要聘请律师, 律师费会是一笔不小的投入。同时, 一场官司打下来, 可能需要很长的时间, 再加上可能需要强制执行, 这对当事人是一种精力和时间上的消耗。更重要的是, 由于当事人是隔壁邻居, 诉讼有可能导致双方的关系进一步恶化, 官司结束了, 但仇恨却记在心里, 或许为未来更多的纠纷埋下了种子。





第三,综合考虑之下,通过调解处理该纠纷应当是最优的选择。该纠纷是因生活琐事引发的,没有什么尖锐的矛盾,具有沟通和化解的可能性;当事人是邻居关系,抬头不见低头见,把问题搞复杂了对任何一方都没有好处。另外,通过居委会或政府组织进行调解,方式灵活,没有花费,也有助于当事人在平和的气氛中反思自己体谅别人。从长远考虑,这个案件以温和的方式得到处理,对双方未来生活乃至社区和谐均具有积极意义。

### 试题2 (2005年卷四第8题,本题25分)

英美法系国家实行判例法制度,法官的判决本身具有立法的意义,并对以后处理类似案件具有拘束力。我国主要以成文法律及司法解释作为审判案件的依据,同时最高人民法院也通过公布案例指导审判实践。

请围绕“判例、案例与司法解释”谈谈你的看法。

**答题要求:**

- (1) 在分析、比较、评价的基础上,提出观点并运用法学知识阐述理由;
- (2) 说理清楚,逻辑严谨,语言流畅,表达准确;
- (3) 字数不少于500字。

**分析思路:**

- (1) 成文法本身存在局限和不足;
- (2) 要通过发挥法官的主动性来弥补成文法的不足;
- (3) 各国创造了不同的补救机制:判例、案例与司法解释。

**参考范文:**

现代法律的最主要的形式是成文法,成文法明确、安定,具有可预测性和可操作性的优点。但是,在社会快速变动的今天,成文法也表现出一系列的局限和不足。比如,成文法是以文字表现出来的,文字的含义有时候难以把握,而在鲜活而好动的社会面前,成文法常常显得僵化和滞后,甚至存在法律漏洞;成文法的规范是针对一般人的一般行为作出的概括性规定,在比较特殊的个案中,法律的概括性规定会带来结果的不公正。

成文法的局限性是个客观的现实,其原因在于立法者知识的必然有限性,任何聪明的立法者,都不可能制定出完美无缺、跨越时空限制的法律。对于成文法的局限,在实施中要靠法官的智慧和创造性来予以弥补和救济。

在英美国家,判例是法官创造的法律,是英国传统的法律形式。在大陆法系,尽管法院的案例没有普遍约束力,但在事实上对其他法院的审判还是具有一定的参考价值的。从补救成文法不足的角度讲,判例和案例是法官法律智慧的成果,它对于帮助司法官员准确理解法律条文、弥补法律漏洞、提高司法的统一及效率,均具有积极的意义。

在当代中国,对于成文法与社会生活之间的距离这个问题,我们创造了司法解释的制度,允许最高司法机关结合司法审判和社会发展,对国家立法进行积极解释,拉近了法律与生活之间的距离,满足了法官提高法律操作性的要求。事实证明,司法解释制度同英美法系的判例制度一样,为法官推动法律进步开放了一个途径,弥补了成文法的不足。

当然,承认判例、案例及司法解释在法律进步与完善方面的积极作用,并非意味着削弱或低估成文法的主体地位。无论如何,法治是依法治国,而法的最主要形式依然是作为民主机构的议会制定的成文法,法官创造的法律产品只是补充性和辅助性的。

### 试题3 (2006年卷四第6题,本题35分)

某民法典第一条规定:“民事活动,法律有规定的,依照法律;法律没有规定的,依

照习惯；没有习惯的，依照法理。”

#### 问题：

- (1) 比较该条规定与刑法中“法无明文规定不为罪”原则的区别及理论基础；
- (2) 从法的渊源的角度分析该条规定的含义及效力根据；
- (3) 从法律解释与法律推理的角度分析该条规定在法律适用上的价值与条件。

#### 答题要求：

- (1) 在上述3个问题中任选其一作答，或者自行选择其他角度作答；
- (2) 在分析、比较、评价的基础上，提出观点并运用法学知识阐述理由；
- (3) 观点明确，论证充分，逻辑严谨，文字通顺；
- (4) 不少于600字。

#### 分析思路：（选择第一个答题角度）

- (1) 该民法原则与刑法罪刑法定原则的含义。
- (2) 这两个原则在内容上的区别。
- (3) 这两个原则的区别的理论依据。

#### 参考范文：

在很多国家的民法典中，一般会有这么一条法律原则：“民事活动，法律有规定的，依照法律；法律没有规定的，依照习惯；没有习惯的，依照法理。”与该原则形成明显对立的，是现代世界各国刑法中一个基本原则：“法无明文规定不为罪。”从法律适用的角度讲，这两条原则规定的内容是完全不同甚至截然对立的。

“有法律依法律，无法律依习惯，无习惯依法理”，这条民法原则表明，对于某个民事法律问题，如果法律没有规定，法官可以参考适用相应的民事习惯，如果缺乏习惯，则可以依据通行的法理学说进行处理。而刑法中源于贝卡利亚的“法无明文规定不为罪”的原则表明，对于一个行为，如果刑法中没有明确规定，则应做无罪处理，不可以依据刑法条文之外的规范认定一个行为构成犯罪。上述两条法律原则表明，民法是开放的，刑法是封闭的，民事审判允许非正式法律渊源进入司法审判，而在刑事审判中，可以作为法官审判依据的只能是国家立法机关制定的法典。

之所以会在法律适用上存在如此大的差异，归根结底是由法律本身的性质和目的决定的。民法属于典型的私法，私法是权利法和平等法，它强调当事人意思自治。在私法审判中，审判的对象是平等主体之间的权利纠纷，法官的工作是帮助当事人处理纠纷，化解矛盾，恢复社会和谐。法官如果以法律未规定拒绝审理案件，无疑会导致民事矛盾无法及时解决，导致社会交往无法有序进行，因此，在法律无规定时，习惯和法理同样能够担负起法律的任务，实现法律的目的。但是，刑法属于公法的范畴，刑法是管理的法律和惩罚的法律。在刑事审判中，原被告的地位极其不对等，原告是强大的国家，被告往往是已经失去人身自由的犯罪嫌疑人。在这种情况下，为了实现法律正义，刑法既要惩罚犯罪，还要约束国家刑罚权的滥用，以免出现国家滥用刑罚权侵害犯罪嫌疑人人权的现象。为了实现这双重目的，刑罚就必须采取一种谦抑、谨慎的态度，把非正式的法律渊源拒之门外，以免它成为法官随意用刑的幌子。

不同的原则，体现了两种法律完全不同的性格，但它们的精神和目的却都是一致的，即为了实现人权保障和社会和谐。





国家司法考试  
理论法学与论述题写作



#### 试题4（2007年卷四第7题，本题25分）

**素材一：**中国古籍《幼学琼林》载：“世人惟不平则鸣，圣人以无讼为贵。”《增广贤文》也载：“好讼之子，多数终凶。”中国古代有“无讼以求”、“息讼止争”的法律传统。

**素材二：**1997年3月11日，时任最高人民法院院长任建新在第八届全国人民代表大会第五次会议上作最高人民法院工作报告时指出，1996年全国各级人民法院共审结各类案件520多万件，比上年上升约16%。2007年3月13日，最高人民法院院长肖扬在第十届全国人民代表大会第五次会议上作最高人民法院工作报告时指出，2006年全国各级人民法院共办结各类案件810多万件。

根据所提供的素材，请就从古代的“无讼”、“厌讼”、“耻讼”观念到当代的诉讼案件数量不断上升的变化，自选角度谈谈自己的看法。

##### 分析思路：

（1）以法律传统和法制现代化为理论背景。

（2）“无讼”和“厌讼”是古代中国的法律传统。随着法制现代化的转型，人们开始选择和亲近诉讼，这表明公民权利意识的提高以及法律观念的更新。

（3）但是，与“无讼”和“厌讼”相伴随的调解制度其实在现代社会依然是有积极意义和特殊价值的，所以，对于诉讼率的提高要辩证看待，既要重视诉讼，也要关注和解、调解等替代性纠纷解决机制。

##### 参考范文：

西方历史法学派认为，法律如同语言一样，是民族精神的体现，它随着民族的产生而产生，随着民族的发展而发展。在古代中国，儒家文化的浸润形成了东方民族独特的生活方式和价值观念，这种民族个性在法律领域表现出的一个突出特点就是“无讼”和“厌讼”的观念。孔子曾说：“听讼，吾犹人也。必也使无讼乎。”争讼是人际矛盾激化的表现，而无讼则是官员、士人乃至整个社会公众的理想，在发生纠纷的时候，人们更愿意通过调解、和解而不是诉讼的方式寻求问题的解决，这构成了中国古代法律传统的重要组成部分。

自20世纪初进入法制现代化的进程中来，中国法律领域发生了翻天覆地的变化，这种变化主要表现在两个方面：其一是法律制度的现代化，传统的法律被否弃或者改造，按照现代标准构建起了越来越完备的法律体系；其二是法律理念或法律意识的现代化，人们对于法律的态度和看法发生了巨大变化，这突出表现在近几十年来人们对诉讼的热衷：在发生纠纷之后，人们打破了“无讼”和“厌讼”的传统禁锢，越来越多的人愿意通过打官司的方式维护自己的权益。

在某种意义上讲，社会公众对诉讼的偏爱是一种值得肯定的现象，因为诉讼率的不断提高，既表明公民对司法公正、司法权威的认可，同时也是公民权利意识不断提高的直接表现。法治社会要求司法树立起权威，要求公民具备良好的权利意识和法律意识，因此，人们从“无讼”、“厌讼”转而相信和亲近诉讼，这是法治进步的一种表现。但是，在肯定诉讼率上升的同时，还要防止出现另一种极端现象，即把诉讼当作是现代社会唯一的纠纷解决机制，而忽视了其他解决方式的重要作用。事实上，在法治社会，解决纠纷的方式远远不止是诉讼一种，在很多问题和很多领域，诉讼并非最佳的解决方法，而那些相对温和和灵活的替代性纠纷解决机制（ADR）却有可能是化解冲突的更优选择，西方20世纪60年代兴起的ADR运动就是人们对诉讼机制积极反省的结果。





因此,在中国走向法治的过程中,我们一方面要强调法律观念的现代化改造;另一方面也必须对法律传统中的有益因素进行继承和吸收。具体到纠纷解决机制方面,那就是:既要重视诉讼在现代社会中的主导性地位,同时对于“厌讼”的传统以及与之相配套的和解、调解等方式也要给予理性分析,在建设和谐社会的新时期,尤其要重视多元化纠纷解决机制的构建和完善。

### 试题 5 (2007 年卷四第 7 题, 本题 25 分)

据报道,在城市建设中,有的政府部门发出有关土地使用的许可证照后,因法律、法规、规章的修改、废止,或城市规划修改等许可所依据的客观情况发生重大变化,为了公共利益而撤回已生效的许可。也曾有个别地方的政府部门在颁发土地使用证照过程中确有审查不严的问题,为弥补过错过失而以公共利益需要为由收回已生效的许可;或为了以更高价位将土地出让给他人,而以公共利益需要为由收回已生效的许可。

请就上述情况,根据行政法有关原则,谈谈你的看法及建议。

#### 答题要求:

- (1) 观点明确,论证充分,逻辑严谨,文字通顺;
- (2) 不少于 500 字。

#### 分析思路:

- (1) 有关政府部门收回生效行政许可的做法是违法的。
- (2) 该行为违反了行政法中的信赖保护原则。
- (3) 该行为违反了现代公法中的正当程序原则。
- (4) 该行为也与构建服务型政府和诚信政府的法律目标存在冲突。

#### 参考范文:

本已生效的土地使用的许可事后却被政府以公共利益的名义撤销,这种情况在实践中屡见不鲜,但是,从法律上讲,政府的这种行为却是违法的,是和依法行政的法治原则相互冲突的。

首先,该行为违反了行政法中的信赖保护原则。根据该原则,政府对公民作出的承诺或决定,除非特殊情况,不允许随意改变和撤销。之所以确立这样一个行政法原则,一方面是由于维护政府行政行为的确定性和权威性;另一方面是要维护公民对政府的特殊的信任,保护公民依法获得的利益。因此,政府的土地使用的许可一旦合法作出,就应当维护该决定的有效性,不得朝令夕改,出尔反尔。

其次,该行为也违反了现代公法中的正当程序原则,根据正当程序的一般标准,政府在作出对公民不利的决定时,应该保障相对方有充分的知情权和申辩权,政府不得违反法不溯及既往的原则,用事后的法律剥夺公民先前获得的权利。在上述材料中,政府依据修改后的法律撤销了已经合法颁发的行政许可,剥夺了公民合法权利,在某种意义上违反了正当程序的法律原则。

什么是法治,法治就是所有的行为尤其是政府行为必须依法进行,符合法律的规则,也符合法律的精神和目的。在提倡法治的新时期,国家提出了建立服务型政府和诚信政府的目标,在某种意义上,服务型政府和诚信政府就是说话算数的政府,就是依法行政和执法为民的政府。

### 试题 6 (2008 年卷四第 7 题, 本题 25 分)

案例一:2005 年 9 月 15 日,B 市的家庭主妇张某在家中利用计算机 ADSL 拨号上网,



以 E 话通的方式,使用视频与多人共同进行“裸聊”被公安机关查获。对于本案,B 市 S 区检察院以聚众淫乱罪向 S 区法院提起公诉,后又撤回起诉。

**案例二:**从 2006 年 11 月到 2007 年 5 月,Z 省 L 县的无业女子方某在网上从事有偿“裸聊”,“裸聊”对象遍及全国 22 个省、自治区、直辖市,在电脑上查获的聊天记录就有 300 多人,网上银行汇款记录 1000 余次,获利 2.4 万元。对于本案,Z 省 L 县检察院以传播淫秽物品牟利罪起诉,L 县法院以传播淫秽物品牟利罪判处方某有期徒刑 6 个月,缓刑 1 年,并处罚金 5 000 元。

关于上述两个网上“裸聊”案,在司法机关处理过程中,对于张某和方某的行为如何定罪存在以下三种意见:第一种意见认为应定传播淫秽物品罪(张某)或者传播淫秽物品牟利罪(方某);第二种意见认为应定聚众淫乱罪;第三种意见认为“裸聊”不构成犯罪。

**问题 1:**以上述两个网上“裸聊”案为例,从法理学的角度阐述法律对个人自由干预的正当性及其限度。

**问题 2:**根据罪刑法定原则,评述上述两个网上“裸聊”案的处理结果。

**答题要求:**

- (1) 在综合分析基础上,提出观点并运用法学知识阐述理由;
- (2) 观点明确,论证充分,逻辑严谨,文字通顺;
- (3) 不少于 500 字,不必重复案情。

**参考条文**

**《刑法》**

第三条 法律明文规定为犯罪行为的,依照法律定罪处刑;法律没有明文规定为犯罪行为的,不得定罪处刑。

第三百六十三条第一款 以牟利为目的,制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品的,处三年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处罚金;情节严重的,处三年以上十年以下有期徒刑,并处罚金;情节特别严重的,处十年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处罚金或者没收财产。

第三百六十四条第一款 传播淫秽的书刊、影片、音像、图片或者其他淫秽物品,情节严重的,处二年以下有期徒刑、拘役或者管制。

第三百零一条第一款 聚众进行淫乱活动的,对首要分子或者多次参加的,处五年以下有期徒刑、拘役或者管制。

第三百六十七条 本法所称淫秽物品,是指具体描绘性行为或者露骨宣扬色情的诲淫性的书刊、影片、录像带、录音带、图片及其他淫秽物品。有关人体生理、医学知识的科学著作不是淫秽物品。包含有色情内容的有艺术价值的文学、艺术作品不视为淫秽物品。

**分析思路:**

1. 问题 1 思路

- (1) 从裸聊案引入法律与自由的关系问题;
- (2) 法律保护自由,但自由也要受到法律的限制;
- (3) 法律对自由的干预应以宪法和法律原则为限度。

2. 问题 2 思路

- (1) 从案例引入刑法的罪刑法定原则;
- (2) 运用罪刑法定原则评析两个案例;



### (3) 罪刑法定原则对于司法公正和法治的意义。

#### 参考范文：

#### 为了自由，我们应作法律的奴仆

近代以来，法律的最高目标在于保护个人自由，这已经成为法律界的共识。然而，“自由，自由，多少罪恶假汝之名而行”，法律保护自由，但这并非意味着拥有自由就可以任性妄为。近年来，屡屡出现的网络“裸聊”行为就不仅不符合法律的自由意图，而且也严重损害了社会利益，它不再属于自由的范围，相反，却是一种应为法律禁止甚至惩罚的违法行为。

在法学上，关于自由存在两个基本原则，其一是自由平等原则，就是说公民在基本权利的享有上应当平等，不允许歧视和特权；其二是不伤害原则，就是公民在行使自己的权利和自由的时候，不得损害他人的自由，不得损害公共利益和善良风俗。对于“裸聊”的行为，也许有人认为它属于私生活的范畴，属于道德调整的领域，法律不应过多干预。然而，必须承认的现实是，裸聊，尤其是有偿的裸聊行为，不仅败坏了中国作为“礼仪之邦”的良好社会风气，也给国家网络管理及网络媒体的健康发展带来了危害。更为严重的是，由于网络通信的隐秘性和传播性，裸聊行为还会引发其他的违法活动，比如网络淫秽图片的传播，利用裸体照片进行的欺骗和敲诈等。这些情况表明，对于网络行为，该允许的应当允许，但如果某些行为超出了自由的限度，伤害了他人的社会，则必须接受法律的规制。

当然，法律对于自由的限制，应以宪法为依据，以正当程序和人权保障为原则。考虑到网络技术的特殊性，对于裸聊等网络违法行为，国家应尽量先通过行政处罚的手段加以约束，只有在该行为具有严重社会危害性的情况下，而且在不挑衅“罪刑法定原则”的情况下，才可以运用刑罚的手段加以惩处。

古罗马思想家西塞罗曾说：“为了自由，我们应作法律的奴仆”，自由是有限度的，公民只有服从法律，才有自由和权利可言，这句话，对于走向法治的中国社会，应当具有积极的启发意义。

#### 同样“裸聊”，不同结果

随着网络的普及，网上聊天成为很多市民消遣、交友的重要途径，裸聊也成为一时髦的“玩意”。裸聊侵害了社会善良风俗，有一定社会危害性，关于裸聊否有罪也成了人们讨论的焦点。笔者认为，在第一个材料中，张某裸聊不应定罪；而第二个材料中的方某则应认定为传播淫秽物品牟利罪。一样的裸聊，不一样的结果，其差别的关键在于刑法中一个重要原则——罪刑法定原则。

罪刑法定原则的经典表述是：“法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚。”其内涵丰富，包括要求罪和刑都要有法律明文规定，禁止溯及既往，禁止有罪类推，禁止处罚不当罚的行为等含义。根据这一原则，司法机关定罪和量刑都必须按照法律规定来判断，而不仅是看行为是否具有社会危害性。材料一中张某的裸聊虽然有伤风化，但我国刑法并无规定裸聊构成犯罪的法律条文，也不属于淫秽信息，不能类推适用，因此不应认定为犯罪。材料二中的方某的裸聊则以牟利为目的，完全符合《刑法》第362条、第367条的规定，应认定为方某构成传播淫秽物品牟利罪。



罪刑法定原则是法治主义在刑法中的直接体现，是法治社会与专制社会中刑法的根本分野所在。其反对罪刑擅断和刑事类推，不仅对保护社会安宁有重要作用，对保障人权具有更重大的意义。对于类似裸聊的新生事物，可以通过行政处罚、规范网络秩序等其他手段进行管理，并进一步完善法制。不能一味追求严刑厉法，否则只能得不偿失。

### 试题7（四川2008年卷四第7题，本题25分）

材料：原告甲公司起诉被告乙公司返还货款100万元，并承担违约金10万元，赔偿利润损失8万元。乙公司答辩称：拖欠100万元货款是事实，但甲公司客观上并没有受到任何实际的损失，10万元违约金过高，利润损失更不属于赔偿范围，所以不同意支付违约金和赔偿利润损失。

法官李某在审理该案时发现，双方的合同签订于5年之前，乙公司的货款支付义务发生于3年之前，而没有任何证据证明甲公司在此3年中向乙公司主张过债权或者乙公司表示过愿意偿还货款，事实上已经超过诉讼时效。但是，被告乙公司只是提出违约金和利润损失过高的答辩意见，而未提出已超过诉讼时效的抗辩。

关于此案，第一种观点认为法官李某应当提醒或告知被告提出诉讼时效的抗辩，第二种观点认为法官李某不应当提醒或告知被告提出诉讼时效的抗辩。

问题1：如赞同第一种观点，请根据上述案情和相关法律的规定进行论述。

问题2：如赞同第二种观点，请根据上述案情和相关法律的规定进行论述。

答题要求：

- (1) 在综合分析基础上，提出观点并运用法学知识阐述理由；
- (2) 观点明确，逻辑严谨，论证充分，文字通顺；
- (3) 不少于500字，不必重复案情。

参考条文：

《民法通则》

第一百三十五条规定：向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为二年，法律另有规定的除外。

第一百三十八条规定：超过诉讼时效期间，当事人自愿履行的，不受诉讼时效限制。

分析思路：

- (1) 明确赞同第二种观点；
- (2) 该观点从形式上讲尊重了意思自治的民法原则；
- (3) 该观点从内容上说有助于实现司法的实质正义。

参考范文：

关于在民事诉讼中法官是否有义务提醒被告进行诉讼时效抗辩的问题，本人赞同第二种观点，即法官李某不应当提醒或告知被告提出诉讼时效的抗辩。理由如下：

其一，从形式上讲，法官不提醒被告进行诉讼时效抗辩，符合民法意思自治的基本原则。意思自治，意味着民事主体处理自己活动和行使民事权利的主体性地位，不受外来干预和强迫，该原则对当事人来说是权利，而对其他人包括诉讼中的法官则是义务。因此，在民事诉讼中，是否以超过诉讼时效的理由进行抗辩，是当事人的权利，法官不应过多干预，这既是对当事人诉讼权利的尊重，也符合司法被动主义的精神。

其二，从内容上看，法官不提醒被告进行诉讼时效抗辩，有助于实现司法的实质正义目标。从民事诉讼原理上讲，超过诉讼时效，仅仅意味着胜诉机会的丧失，并不意味着债

务的实质性消灭。也就是说,即使超过了诉讼时效,客观上的债务依然是存在的,在这种情况下,如果被告不以诉讼时效为抗辩,则法官根据实际情况进行审理则有助于对债权人提供救济,从而实现司法实质正义的目标。因此,《民法通则》第138条规定:“超过诉讼时效期间,当事人自愿履行的,不受诉讼时效限制。”

也许正是考虑到如上原因,最高人民法院于2008年8月11日发布的《关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第3条规定:“当事人未提出诉讼时效抗辩,人民法院不应就诉讼时效问题进行释明及主动适用诉讼时效的规定进行裁判。”最高司法机关解释的出台,为这个关于民事诉讼时效的争议话题提供了答案,画上了句号。

### 试题8 (2009年卷四第7题,本题25分)

**材料:**潘晓大学毕业不久,向甲商业银行申领了一张信用卡,透支额度为20000元。潘晓每月收入4000元,缴纳房租等必需开销3000多元。潘晓消费观念前卫,每月刷卡透支3000多元,累计拖欠甲商业银行借款近60000元。不久,潘晓又向乙商业银行申领了一张信用卡,该卡的透支额度达30000元。

据报道,甲商业银行近几年累计发行信用卡近600万张,每张信用卡的透支额度从5000元至10万元不等。该银行2009年8月统计发现,信用卡持卡人累计透支接近300亿元,拖欠期限从一个月到四、五年不等。不少人至少持有两张甚至多张信用卡,因延期还款产生的利息和罚息达到数千元甚至上万元。由于上述现象大量存在,使得一些商业银行的坏账比例居高不下。对此,银行界拟对透支额度大、拖欠时间长的持卡人建立个人信用档案,列入“黑名单”,相关信息各银行共享;拟采取加大罚息比例、限制发放个人贷款、限制发放信用卡、停止信用卡功能等措施制裁信誉不良持卡人;拟建议在设立企业、购买不动产等方面对持卡人进行限制。

另据反映,为数不少的信用卡持卡人则认为,银行信用卡发放泛滥,安全防范功能不强,申领条件设定偏低,合同用语生涩,还款程序设计复杂且不透明,利息负担不尽合理,呼吁国家出台政策进行干预。

#### 问题:

根据上述材料,请从合法性与合理性的角度就银行权益保护与限制、持卡人权利与法律责任、银行和持卡人的利益平衡与社会发展、资本市场风险的法律防范对策,或者其他任一方面阐述你的观点。

#### 答题要求:

- (1) 应结合相关法律规定,运用部门法知识及法理学知识进行论述;
- (2) 观点明确,逻辑合理,说理充分,表述清晰;
- (3) 字数不少于500字。

#### 分析思路:

- (1) 从材料出发引申出问题:利益冲突及其平衡;
- (2) 运用民法和法理学知识对利益冲突进行分析,提出协调思路;
- (3) 总结陈述,文章结尾。

#### 参考范文:

信用卡的广泛使用,带来了商业活动的便利,也产生了新的社会问题,其中最突出的就是“信用卡无信用”的问题。面对大量坏账,一方面是银行的利益和安全,另一方面是持卡人的权利和自由,这些都需要通过法律进行协调。





首先，从银行的角度讲，信用卡的最重要价值是“先花钱，后还债”，而支撑这种机制的基础就是信用，不仅是银行的信用，更主要是持卡人的信用。因此，持卡人在消费之后，应当依据合同约定，及时足额偿还欠款，否则，信用机制将无法运行。在出现还款不能时，银行可以采取一定措施，限制相关当事人的某些权益，以保护金融安全。

其次，从持卡人的角度讲，使用信用卡，主要是因为灵活方便，可以减少现金使用的诸多麻烦，提高交易的安全性和效率。因此，为消费者的利益考虑，银行应当做到：合同文本设计要明白易懂，权利义务应公平互惠，要简化还款手段，优化服务，方便当事人及时还款，而在出现还款瑕疵等情形时，银行应及时提醒，尽可能减少损失。

可以看出，在上述事件中存在着两种利益的冲突，即消费者权利与银行利益的冲突。在法律性质上讲，银行与持卡人之间的法律关系属于民事关系，民法的基本原则之一是诚实信用，它有助于协调不同主体之间的地位和利益。根据诚实信用原则，银行在发行信用卡时，应当明确条件，严格把关，全面告知消费者权利义务及法律风险，在合同履行中，应善意提示，便利还款；消费者在申领信用卡时，应客观评估自己的消费能力，理性缔结合同，而在信用卡使用过程中，应按时还款，积极履行自己的义务。

总之，只有双方均本着契约精神，坚持诚实信用原则，善意行使权利履行义务，才能做到公平互利，保障交易顺利进行。





## 第二十一讲 模拟练习

### （一）模拟练习题

**练习1** 《美国宪法》规定：“追溯既往的法律不得通过之。”而法国的《人权宣言》第8条规定：“法律只应规定确实需要和显然不可少的刑罚，而且除非根据在犯法前已经制定和公布的且系依法施行的法律以外，不得处罚任何人。”1966年联合国《公民权利和政治权利国际公约》第15条规定：“任何人的任何行为或不行为，在其发生时依照国家法或国际法均不构成刑事罪者，不得据以认为犯有刑事罪。所加的刑罚也不得重于犯罪时适用的规定。如果在犯罪之后依法规定了应处以较轻的刑罚，犯罪者应予减刑。”

**问题：**请围绕“法不追溯既往的法治原则”谈谈你的看法。

- （1）在分析、评价的基础上，提出观点并运用法学知识阐述理由；
- （2）说理清楚，逻辑严谨，语言流畅，表达准确；
- （3）字数不少于500字。

#### 参考范文：

法的溯及力，也叫法律溯及既往的效力，是指法律对其生效以前的事件和行为是否适用的问题，如果适用，就具有溯及力，如果不适用，就没有溯及力。

一般说来，在古代社会，出于维护王权统治和打击犯罪的需要，法律具有溯及力是比较平常的事。但是自进入现代法治社会以来，法不溯及既往已成为大多数国家所确认的一个基本法律原则。例如《美国宪法》规定：“追溯既往的法律不得通过之。”而法国的《人权宣言》第8条规定：“法律只应规定确实需要和显然不可少的刑罚，而且除非根据在犯法前已经制定和公布的且系依法施行的法律以外，不得处罚任何人。”第二次世界大战之后，联合国制定的人权公约也明确提出新颁布的法律对其生效前的行为不得溯及既往。因此，法不溯及既往已经成为国际社会公认的一项法治的基本原则。之所以说法不溯及既往是现代法治的一个基本法律原则，主要是因为法律随意溯及既往不仅会损害法律本身的权威性和安定性，而且还会给国家利用后来的法律惩罚公民先前的行为提供便利，而这将导致公权力滥用和人权侵害，这是与现代法治的标准及理念相冲突的。

当然，任何原则都是相对的，都有可能存在例外情况，法不溯及既往原则亦如此，尤其是从人权保障的角度考虑，适当允许某些法律溯及既往可能会给公民带来好处。因此，现今世界大多数国家都有条件地允许某些法律可以溯及既往，即采用“从旧兼从轻”的做法：原则上新法不溯及既往，新法生效前的行为仍适用旧的法律，但如果新法的规定给公民的好处更多而惩罚更轻，则可以适用新法，即承认新法具有溯及力。在我国，《立法法》明确规定：“法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章不溯及既往，但为了更好地保护公民、法人和其他组织的权利和利益而作的特别规定除外。”

**练习2** 英国首相威廉·皮特在演讲中曾这样表达对个人财产权的敬畏：“即使是最穷的人，在他的寒舍里也敢于对抗国王的权威。风可以吹进这所房子，暴雨可以打进这所房子，房子甚至会在风雨中飘摇，但是英王不能踏进这所房子，他的千军万马不敢踏进这



间烂了门槛的破房子。”

**问题：**结合财产权保护，围绕“风能进，雨能进，国王不能进”这句西方法制史上的名言谈谈你的看法。

- (1) 提出观点并运用法学知识阐述理由；
- (2) 说理清楚，逻辑严谨，语言流畅，表达准确；
- (3) 字数不少于 500 字。

**参考范文：**

“风能进，雨能进，国王不能进”，这是西方法制史上一句脍炙人口的名言，这句话蕴涵了现代法制的一项重要理念：财产权是公民的一项基本人权，是可以对抗国家公权力的私人权利。

财产权是公民的基本人权，它是公民享有其他各种权利的前提和基础。人生活在世界上，每时每刻都必须依赖和消耗资源，衣服御寒，食物果腹，房屋遮挡风雨，没有属于自己的财产，人的生存都会成为问题，哪里还有资格去要求什么人格尊严、政治地位和信仰自由。民法中有一句话说“没有权利就没有人格”，由于财产权对人的生存与发展具有不可替代的意义，所以这句话可以直接改为“没有财产权就没有人格”。

正是考虑到财产权的特殊性和重要性，因此现代法制就把“保护私人财产权不受来自各个方面尤其是国家公权力的侵害”确立为自己的重要使命之一。英国古典自由主义思想家阿克顿勋爵曾言：“权力导致腐败，绝对权力导致绝对腐败。”回顾历史，人们对阿克顿勋爵的判断应该有深刻认同，在权力没有约束的地方就必然导致腐败，而在权力腐败之处，私人的权利尤其是财产权必然受到严重侵害。因此，资本主义法制明确提出了“私人财产神圣不可侵犯”的基本原则，为了保护私人产权，公权力被牢牢套住手脚。即使是农夫的破草房，风可以进，雨可以进，但是如果不是主人同意，则尊贵的国王却不可以踏入半步。法律用这样的基本制度，修筑起了一道坚固的篱笆，保护私人财产不受公权力的侵害。

当然，保护私人财产权，并不意味着私人财产权就绝对神圣不可侵犯。第二次世界大战之后，当代法制在私人产权保护上达成了新的观点：当私人财产权和公共利益发生冲突时，私人产权还是应该对公共利益低头和妥协的。

2007 年，全国人大通过了《物权法》，这部法律第一次把私人财产放到了和国家财产同等重要的地位。随着《物权法》的出台及其实施，我们有理由相信，法律对于私人财产的尊重和保护，有助于实现社会公平，杜绝公权力滥用，而这将促进一个更加和谐美好的社会的形成。

**练习 3** 2006 年，华中地区某市政府办公室向该市有关部门下达了该年度的“喝酒任务”。这份名为《关于倡导公务接待使用“某某某”系列酒的通知》的文件称，湖北某某酒业公司是最早来本市落户的引进企业，所产酒去年跻身中国白酒品牌 20 强，该企业去年纳税逾 1 300 万元，而该酒在本市的市场份额却很低。为此，该市倡导在公务招待中使用此酒。文件还附有任务分解表，包括各局、各乡镇在内的 105 个单位，今年需完成“任务”200 万元。文件规定，对于完成年度用酒计划的单位，将按 10% 奖励，对未完成计划的单位将通报批评。文件称，此举是为了“优化经济发展环境，营造‘引商、稳商、亲商、富商’的发展氛围，促进招商引资企业更快更好地发展”，并说明该措施是“经市政府同意”的。





**问题：**请围绕“合法行政原则”谈谈你对此事的看法。

- (1) 运用掌握的法学知识阐释你的观点和理由；
- (2) 说理充分，逻辑严谨，语言流畅，表达准确；
- (3) 字数不少于 500 字。

**参考范文：**

#### 1. 对文件性质的分析

虽然市政府办公室并无行政主体资格，但该文件明示已经该市政府同意，并考虑到当前行政行为不规范的实情，可以将该文件视为该市政府的行为。该行为针对的对象在下发文件的当时即已确定，也即该行为针对特定对象做出。该行为虽然名为“倡导”，实则具有单方强制性，法律效果是在市政府和行为对象之间设立了一种根据完成年度喝酒任务的效果决定奖惩的行政法律关系，赋予了市政府奖惩的权利，为行为对象设定了消费一定数量该种酒的义务，并间接影响到了其他酒类生产者的公平竞争权。综上，足以认定该行为是市政府的具体行政行为。

#### 2. 该行为违反了合法行政原则中法律保留的要求

合法行政是所有行政活动必须遵循的首要原则，该原则的含义主要包括法律保留和法律优先两个方面。就本例而言，该行为违反了合法行政原则中法律保留的要求。

(1) 法律保留之含义可以概括为“法无规定（或授权）不可为”。具体含义包括：①从立法的角度，要求依法只能由法律规定的事项，行政机关除非获得授权，否则不得对此作出任何规定。②从执法的角度，要求在没有立法文件进行规定的情况下，行政机关不得作出影响公民、法人和其他组织权利义务的行为。

(2) 该行为违反了法律保留的要求。该行为直接影响到了行为对象的消费权，间接影响到其他酒类生产者的公平竞争权，背离了行政行为只能服务于公共利益的目的，在我国的立法文件体系中无法找到相关的赋权性规定或者授权性规定。在没有立法文件进行规定的情况下，该市政府办公室擅自行为，应当认定违反了法律保留的要求。

**练习 4** 2005 年 12 月 15 日的一场车祸，让年仅 14 岁的重庆市江北区某中学女生何源和另外两个同伴离开了人世。一辆大货车将一三轮车压在了下面，三轮车上的何源和两个好朋友被当场压死。然而，属于城镇户口的何源的两名女同学的家人均得到约 20 万元赔偿，而户口在江北农村的何源家人仅得到 9 万元的赔偿。为什么会出现这种“同命不同价”的现象？因为依据 2003 年 12 月 4 日通过的《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》），死亡赔偿金依据受诉法院所在地上一年度城镇居民人均可支配收入或者农村居民人均纯收入标准，按 20 年计算。《解释》自 2004 年 5 月 1 日起施行，而所有交通事故中的人身损害赔偿都得遵照该规定执行。依此规定，何源户口在江北区的农村，赔偿的标准是 2004 年度的重庆市全年农村居民人均纯收入；其他孩子是城市居民，应基于重庆市全年城市居民人均可支配收入计算。农村户口的居民因此就和城市居民拉开了大大的距离。重庆市权威统计数据显示，该市全年城市居民人均可支配收入为 9221 元，全年农村居民人均纯收入 2535 元，这两个数字分别乘以赔偿年限（20 年）后，自然产生出近 20 万元和 9 万元两个存在巨大差距的结果。

**问题：**请谈谈你对此事的看法。

- (1) 运用掌握的法学知识阐释你的观点和理由；



(2) 说理充分,逻辑严谨,语言流畅,表达准确;

(3) 字数不少于 600 字。

#### 参考范文:

透过“同命不同价”沉痛的事实,我们不得不承认,宪法中规定的平等原则,距离我们还是那么的遥远。喟叹之余,我们应当认识到,中国的法治建设急务之一,应是将平等从原则落地,变为现实,从而实现法保障人权、维护正义的核心价值。

平等权是我国宪法赋予公民的一项基本权利,是公民其他一切权利实现的基础,其含义至少包括:任何公民不分民族、种族、性别和家庭出身等,都一律平等地享有权利,也平等地履行义务。

应该坦率地承认,在法治方面,中国是一个不平等传统根深蒂固的国家。从西周时即奠定了“刑不上大夫,礼不下庶人”的公开不平等的法律原则。即使现代以降,出身与权利的对等关系依然如故。历史的惯性是强大的,“法国民法典并没有改变历史,而是历史改变了法国民法典”,革命者们“在不知不觉中从旧制度中继承了大部分的感情、习惯和思想”。“同命不同价”便是这种历史的惯性在今天结下的恶果。

一种可能合理的解释是,现实的社会主义初级阶段的国情是平等的法律原则难以落到实处的大背景,因此,法律应当首先基于本国的国情,发挥稳定的功能。法律从来都是同秩序相联系的社会中一种比较保守的力量,激进的法律变革在现实的层面必将由于与现实格格不入而被现实改变、逆转,故而不如承认现实的局限性,进行渐进式的法治建设。

然而,从法理上分析,不平等的法律势必将人分成三、六、九等,最后建立另类的“种姓歧视”,法律不应当只是被用来解释生活,更应当体现法的应有价值。“法治应包含两重含义:已成立的法律获得普遍的服从,而大家所服从的法律又应该本身是制定得良好的法律。”现实是不平等的,但是如果法律只停留在解释现实的高度,这样的法律无疑是无法推动人类社会进步的。因此,不平等的现实必须受到谴责,平等的原则必须落实。

**练习 5** 2007 年 9 月,最高人民法院下发了《关于进一步加强刑事审判工作的决定》,决定提出,要积极开展刑事被害人国家救助,对因犯罪行为导致生活确有困难的被害人及其亲属提供适当的经济资助,努力使被害人的损失减少到最低限度,化解矛盾,促进和谐。

**问题:**以“刑事被害人国家救助”为主题,谈谈你的看法。

(1) 运用掌握的法学知识阐释你的观点和理由;

(2) 说理充分,逻辑严谨,语言流畅,表达准确;

(3) 字数不少于 500 字。

#### 参考范文:

最高人民法院要求开展刑事被害人国家救助,对因犯罪行为导致生活确有困难的被害人及其亲属提供适当的经济资助,这是最高司法机关在保护诉讼弱者基本权利方面的积极举措,是国家补偿制度在当代中国的具体表现。

国家补偿作为一种正式法律制度在世界范围内大规模建立是从 20 世纪 60 年代开始的,但在我国却一直是个空白。因为在传统的刑事法思维中,刑事被害人的伤害被认为是因犯罪人的行为引起的,其赔偿与救济也仅仅只应由犯罪人负责,国家对此没有法律义务。但是,如果考虑到刑事案件被害人在现有法律体制下属于典型的弱势群体这个事实,国家或许应该负起积极的救助义务。





按照正当程序的法治原则，公正的审判要以诉讼各方权利和地位的平等为基础，但在现行刑事诉讼中，与其他当事人相比，刑事被害人却处在一个相对弱势的地位。

首先，在已经发生的犯罪行为中，受害人的财产、人身往往受到了侵害，而有些伤害是永远无法恢复和弥补的，受害人可能因此成为残疾人等社会弱者。其次，被害人的诉讼权利有限，地位不高。在刑事诉讼中，检察机关担当了原告的角色，由于他代表国家对犯罪嫌疑人进行控告，因此在很多时候未必能全面顾及受害人的利益，比如在英美国家流行的并已开始引入我国的“控辩交易”中，被害人就有可能成为控辩双方妥协的牺牲品。

更重要的是，在诉讼中被害人不享有独立的上诉权，也就是说，即使被害人对一审判决结果不服，他也不能直接提出上诉，只能向检察机关提出请求上诉的建议。这一点使被害人在通过司法诉讼维护自己合法权益的过程中显得特别尴尬和被动，使其成为诉讼博弈中被冷落的一方。

最后，在很多情况下，案件审判之后，尽管作恶者受到了法律惩罚，但由于犯罪人家境贫困等多种原因，受害人却常常无法获得实际的赔偿，他们打赢了官司，却在经济上得不到有效的救济。

我们常常说司法是实现正义的工具，但是，在某些刑事审判中，由于受害人地位不利，他通过司法获得的可能只是形式上的正义和名义上的正义，是画在纸上的饼。事实上，对于很多因犯罪遭受伤害尤其是身体伤害的受害人而言，如果得不到事后的经济赔偿和帮助，什么样的判决都显得没有意义。因此，当犯罪者无法给受害人提供赔偿时，由国家出面给受害人提供适当的救助就显得尤其必要，这不仅是国家积极履行其人道责任的体现，也是司法公平和司法人性化的体现，而从社会治理的角度上讲，国家的这种做法还将有助于一个温情多于怨恨的和谐社会的形成。

“如果没有对困难群众、困难群体特殊的制度保护，法庭就容易变成诉讼技巧的竞技场，强者和弱者在形式正义面前会很难获得实质正义的平衡。”我们相信，刑事被害人国家救助制度的建立，将有可能在根本上改变这种局面，司法将有可能交给所有人——包括曾被忽视的被害人——以真正的公平与公正。

**练习6** 公交车上不给老人让座，车长劝了半天你也不听，有可能会被“拒绝乘坐”，并收到50元罚单。这是《郑州市城市公共交通条例（草案）》的一项规定，昨日，该草案在郑州市十二届人大常委会第三十八次会议上，接受了审议。很多市民听说后提出了异议。

目前，一有老人、孕妇等特殊乘客上车，车长一般就会按响播报器，提醒其他乘客让座。如果没人行动，要么播报器反复提醒，要么就不了了之。而根据草案，乘客不主动让位的，驾驶员、售票员有权进行劝阻和制止。拒不改正的，驾驶员、售票员可以拒绝其乘坐。不履行义务，城市公共交通行政主管部门还可以对乘客处以50元罚款。

2008年3月，郑州市政府法制局曾通过其官方网站发布《郑州市城市公共交通条例（征求意见稿）》。在此稿中，并没有这条规定。法制局法规处处长张伟杰说，这是在征求意见期间市民提出的建议，建议人认为这样规定有助于提高郑州人的文明程度。

**问题：**谈谈你对此事的看法。

- (1) 运用掌握的法学知识阐释你的观点和理由；
- (2) 说理充分，逻辑严谨，语言流畅，表达准确；
- (3) 字数不少于500字。

国家司法考试  
理论法学与论述题写作



### 参考范文：

在公交车上给老人让座，这是一个现代文明社会中的基本公德，可是，在很多地方，我们却看到这种公德被漠视和践踏。对于这种现象，我认为可以而且应该用法律手段进行惩罚，换句话说，面对因商业化和社会转型带来的社会无序，基本公德需要法律的呵护与扶持。

尽管我们承认，现代法律和道德之间有相对比较明确的距离，道德有自己的范围和标准，而法律也有自己的领地和价值观，分析法学派把法律和道德的相对分离视为现代法律的优点之一，称其为法律的形式理性。然而，在法律与道德相对分离的同时，我们也看到这两者之间千丝万缕的联系和交织，法律和道德在大部分问题上态度一致，而他们的目的都是为了实现社会的有序、公正与和谐。因此，在事实上，法律和道德是相互支撑相互扶持的，也就是说，当一个社会的基本道德感下降或者存在问题时，法律应该有所作为，包括把某些道德规则转化为法律规则，用法律的强制力保障社会秩序和社会正义，就像郑州市人大所作的那样。

但是也要注意，法律应该支持道德，这个命题是有条件和有限制的，这里的道德并非指所有的道德，而仅仅是指这个社会的基本公德。也就是说，只有那些最基本、最重要、关系到社会秩序并为社会公众所普遍认可的道德准则才可以转化为法律规则。西方俗语说：“法律不能强人所难”，如果法律泛道德化，法律把所有道德规则均纳入自己的管辖范围，则必然会带来严重的社会危害。

**练习7** 《新京报》2008年2月19日讯：一个死亡博客引出了网络的“人肉搜索”，并引发网民在现实中作出过激行为。昨日，被称作“网络暴力第一案”的王菲告大旗网、天涯网与个人网站“北飞的候鸟”索赔名誉权、隐私权一案，在朝阳法院落槌。法官一审判定，大旗网与“北飞的候鸟”创办人张乐奕侵权成立，赔偿王菲精神损失等9367元并在网站公开道歉，而天涯网因在合理期限及时删除了相关内容，被判免责。

2007年12月29日晚，北京女白领姜岩自杀身亡。之后，其在自杀前两个月内所写的博客被披露，爆出丈夫王菲的婚外情。随后，大旗网等三家网站予以转载、传播，王菲的个人信息被披露，并引发网友对其进行“人肉搜索”。王菲控告3家网站侵权。根据王菲的自认及他与姜岩父母的协议，可证实他与原同事东某曾有“婚外情”行为。昨日，王菲未亲自到庭，但其“婚外情”行为依然在判决中首先被提出批评。法院认为因王菲婚外情属实，且大旗网的相关言论是姜岩家属的陈述，故不能认定其对王菲构成诽谤。但法院同时表示，公民的个人感情生活，包括婚外男女关系属个人隐私范畴。张乐奕和大旗网将此事实在网站上披露，公布了王菲的姓名、工作单位和住址等个人信息，并与其他网站相链接，扩大其传播范围，引发了众多网民的批评言论，侵犯了王菲的隐私权。之后，网民又发动了对王菲的“人肉搜索”，并对王菲进行密集的、长时间的、指名道姓的谩骂，甚至有网民到其住所张贴、刷写侮辱性标语等极端行为。判决称，张乐奕和大旗网对王菲的影响已从网络发展到现实中，干扰其正常生活并明显降低了他的社会评价，侵犯了王菲的名誉权。法院指出，在被告网站披露情况前，姜岩的博客已为公众知晓，张乐奕和大旗网的行为并非扩大影响的唯一因素。法院据此酌定了赔偿金额。

昨日宣判后，朝阳法院向工业和信息化部发出司法建议。建议工信部采取更加有效、适当的技术手段，加强对网民言论的监管。“加强对网民言论的适时监管”的司法建议，在网民及部分业内人士中引发了争议。互联网公司员工殷先生赞同此建议，他认为，网络





与现实社会的界限越来越模糊。“如果缺乏必要的监管，让网友随意发表他人隐私和侮辱言论，那每个人都可能成为下一个王菲。”但媒体工作者陈女士则担忧，如果网民言论被监管，则是对公民言论自由权的践踏，也会影响到网络舆论监督的力量，“如果发言被监管了，那‘周老虎’再出现，肯定会成为真老虎！”而在全中国律协信息网络与高新技术专业委员会主任董永森眼中，他所担忧的则是网络侵权的风险和成本太低，难免再度发生类似的案件。

**问题：**本案涉及公民隐私权保护、网络言论自由、司法建议制度等诸多法律问题，请任选一个角度，谈谈你对相关问题的看法。

- (1) 运用掌握的法学知识阐释你的观点和理由；
- (2) 说理充分，逻辑严谨，语言流畅，表达准确；
- (3) 字数不少于 500 字。

#### 参考范文：

隐私权，是自然人享有的对其个人的与公共利益无关的个人信息、私人活动和私有领域进行支配的一种人格权。在传统中国，与简单的生活相联系，隐私权并非是个突出的法律问题，而改革开放以后，随着传媒技术尤其是网络技术的发达，侵害公民隐私的现象屡屡发生，因此，隐私权的法律保护成为当代中国法律亟待解决的一个重大问题。

人的生活包括两个领域，即公共领域和私人领域，法律要提供规则，指导和规范人在公共领域的社会交往，法律也要提供规则，保护和捍卫人在私人领域的自由和安静。尤其是在现代城市生活中，人的交往复杂而多元，人的精神高度紧张，在工作之余享受安静的私人生活，成为生活幸福的很重要部分。因此，法律作为保障人权与自由的工具，必须认真面对人的私生活，必须为人在公共社会之外不被打扰、不被窥视、不被监控的私人生活提供制度保护。这种保护，首先是私法上的权利确认；其次还可能包括对侵犯个人隐私的行为进行公法上的惩罚与规制。

当然，法律保护个人隐私并非意味着私生活的绝对不受影响，当个人的私生活行为侵犯了他人利益或者公共秩序，则法律允许对该私生活进行干预，而对那些诸如官员、明星、大企业家等公共人物来说，考虑到社会对其行为的知情权，他们的隐私权保护相对要弱化很多。

在西方，隐私权因为关系到公民的私生活幸福，它被称为“高贵的权利”，受到法律的尊重和保护。在倡助人权的法治时代，在网络技术高度发达的今天，中国的法律也必须高度重视公民隐私权问题，必须尽快提供符合国情的法律保护。

**练习 8** 自 2007 年 1 月 1 日起，死刑案件的核准权将统一收归最高人民法院行使。这是 23 年来我国对死刑所作的一次最重大的改革。十届全国人大常委会第二十四次会议表决通过了关于修改人民法院组织法的决定，将人民法院组织法的第十三条修改为“死刑除依法由最高人民法院判决的以外，应当报请最高人民法院核准”。这个决定自 2007 年 1 月 1 日起施行。1996 年修改刑事诉讼法和 1997 年修改刑法时明确规定死刑由最高人民法院核准。将死刑案件核准权统一收归最高人民法院行使，是为了使人民法院组织法与刑事诉讼法、刑法的规定相一致，维护法制统一，促进司法公正。

**问题：**任选角度，谈谈你对此事的看法。

- (1) 运用掌握的法学知识阐释你的观点和理由；
- (2) 说理充分，逻辑严谨，语言流畅，表达准确；
- (3) 字数不少于 500 字。



### 参考范文：

关于死刑案件的复核权问题，1979年出台的新中国第一部《刑事诉讼法》就明确规定：“死刑由最高人民法院核准”，1997年后修订的刑法和刑事诉讼法继承了这项规定，再次明确肯定了死刑复核权的行使主体为最高人民法院。但是，从1983年开始，根据全国人大常委会的决定，最高人民法院开始陆续将杀人、强奸、抢劫、贩毒等犯罪的死刑复核权授权省、自治区、直辖市的高级人民法院行使，这种状况一直维持到今天。

死刑复核权由地方法院行使，尽管这是过渡时期因现实所迫不得已的选择，但这种做法在法理上却是存在问题的。首先，由于各地方法院在死刑适用问题上的态度差异，有的法院好杀，有的法院慎杀，这样一来便导致了刑法在实施中的不统一，同样的犯罪行为，发生在这一地区可能被判死刑，而发生在另一地区则可能被判死缓或无期，这样的结果无疑违反了法律面前人人平等的宪法原则。其次，刑事诉讼法规定死刑案件一审在中院，二审在高院，复核在最高法院，这其实是规定了死刑案件的三审制度，但当最高法院将复核权授予地方时，就把法律上的三审改为了事实上的两审，从某种意义上讲，这不仅背离了刑事诉讼法的立法宗旨，而且也剥夺了当事人寻求最高法院救济的机会和权利。因此，自20世纪90年代以来，理论界对死刑复核权下放的批评就持续不断。

就历史情况来看，在死刑问题上，中外的法律皆给予了高度的谨慎与重视。在中国，儒家倡导“仁政”，要求统治者省刑罚、薄税敛，反对随意杀伐，这种思想深刻影响到法律的设计和 implement，比如唐代在死刑案件中就实行严格的“三复奏”制度：全国各地判决的死刑案件，必须提交到皇帝那里进行三次审核才可以处决；在西方，自然正义的观念在法制史上源远流长，它要求国家在决定一个人的生命时，必须给予当事人充分的诉讼权利，包括将案件提交给最高的司法机关。而在18世纪以来贝卡利亚等资产阶级法律思想家看来，人的生命如此珍贵和不可恢复，因此刑罚尤其是死刑的适用必须小心谨慎，严格按照正当程序办事。

伟大的人道主义思想家康德曾说：在任何时候，人只能被当作目的而不是手段。在刑事审判中，当国家决定熄灭一个公民的生命之烛时，与生命本身相比，任何的考虑都显得多余和不值一提，国家必须把当事人当作目的，当作一个平等和柔弱的公民来对待，必须给予他根据神圣法律所应得的一切保障与关怀，必须把这个人，提升到和国家同样的高度和层面。在这个意义上，最高人民法院对死刑复核权的回收，是贯彻刑法人道主义的体现，是对犯罪嫌疑人生命权的尊重，也是对作为公正审判之外部保障的程序正义的贯彻和恪守。

**练习9** 近日，广东省东莞市人民法院在其辖区的牛山、鳌峙塘两个社区试点设立了“社区法官”制度，旨在快速高效化解社区矛盾纠纷，全力打造法治和谐社区。“社区法官”的主要工作职能是指导人民调解，实现诉调对接，与劳动服务站共同调处劳动纠纷，同时开展巡回办案。通过设立社区法官，加强对年轻法官的锻炼，扩大其社会阅历，增加法官对社情民意的了解，也对社区干部群众进行法律宣传，不断提高社区群众的法律意识。

**问题：**结合我国司法的性质和任务，谈谈你对“社区法官”制度的看法。

- (1) 运用掌握的法学知识阐释你的观点和理由；
- (2) 说理充分，逻辑严谨，语言流畅，表达准确；
- (3) 字数不少于500字。



### 参考范文：

在新中国的司法史上，马锡五审判方式是一种具有民主色彩的司法传统，马锡五审判方式的最大特点是深入基层、手续简便、方便群众。不难看出，东莞市的“社区法官”在某种意义上是对“马锡五审判方式”的继承和发扬。

现代司法有其精英审判和专业化的特点，但这并不排斥司法的民主化，因为，司法的最终目的并非在于维护一个职业群体的地位，而是解决真实生活中老百姓的纠纷，维护社会秩序和社会和谐。为人民司法，为大局服务，这是新时期人民法院工作的根本目标，“社区法官”的设立就是实现该目标的具体举措。建立社区法官联系群众制度，有利于法官了解社情民意，培养法官的群众感情，减轻和消除官僚主义与形式主义。

然而，“社区法官”制度要顺利得以推行，还要在细节和工作方式上下工夫。作为司法为民的新举措，“社区法官”必须以深厚的群众感情为基础，必须以科学的工作方法作保证。年轻法官在从事这项工作时更要更加注重树立司法为民的意识，着眼为民、利民、便民，改进司法作风，坚持群众路线，切实维护人民群众的合法权益，努力满足人民群众的司法需求。“社区法官”的主要工作方式运用调解方式，因此要注意与人民调解、行政调解、劳动调解、仲裁调解等方式的衔接，合力化解矛盾纠纷。在具体的工作中，“社区法官”要发挥其与社会力量联动多元化解矛盾纠纷的作用，完善多元纠纷解决机制，加强对人民调解组织的工作指导，依法确认人民调解协议的效力。

“社区法官”深入基层，走进群众，让人们对“法官”的感觉不再是孤独神秘，也不再是被动消极的同时，还可以通过“社区法官”具体的司法活动，教育和引导干部群众学法、用法、守法，提高责任意识，增强义务观念，共同构建和谐社会，共同维护公平正义<sup>①</sup>。

**练习 10** 2008 年 10 月，山东新泰农民孙法武赴京上访时，被镇政府抓回送进精神病院 20 余日，签下不再上访的保证书后被放出。记者调查发现，在新泰，因上访而被送进精神病院者不是个别。部分上访者及家属称不曾被通知精神鉴定，不过政府手里握有他们的鉴定书。家属反映，政府不经家属同意甚至未通知家人，便送上访者入院，而当事者坚称自己没病，并因此质疑政府限制人身自由。相应医院承认许多“病人”是上访者。而当地政府表示信访压力巨大，若出现越级上访，会受上级处分。（《新京报》2008 年 12 月 8 日报道）

**问题：**结合我国宪法相关规定及其原理，谈谈你对镇政府上述做法的看法。

- （1）运用掌握的法学知识阐释你的观点和理由；
- （2）说理充分，逻辑严谨，语言流畅，表达准确；
- （3）字数不少于 500 字。

### 参考范文：

#### 维护弱者呐喊的权利

《宪法》第 41 条规定：“公民对于任何国家机关和国家工作人员，有提出批评和建议的权利；对于任何国家机关和国家工作人员的违法失职行为，有向有关国家机关提出申诉、控告或者检举的权利……对于公民的申诉、控告或者检举，有关国家机关必须查清事

<sup>①</sup> 曹守晔：《社区法官是马锡五审判方式的继承和发扬》，《法制日报》，2009-3-16。



实，负责处理。任何人不得压制和打击报复。”这条规定是我国公民享有信访权利的宪法依据。因此，山东新泰政府把进京上访者关进精神病院的做法侵犯了公民依据宪法享有的基本权利。

进京上访，源远流长，在封建社会就有“京控”和“直诉”等进京上访制度，给平民百姓留下了一条可以向皇帝控告求救的机会。尽管在今天，依据国务院《信访条例》的规定，上访人应当就地逐级上访并两访终结，但是由于某些地方政府不能解决问题，从而在实际上逼着上访者不得不踏上“千里迢迢上京城”的进京上诉之路。

进京上访，对老百姓来说是一种无奈之举，对地方政府则可能构成一种巨大威胁和刺激，因为上访者带给中央的信息也许会暴露地方政治中不为人所见的真实一面，也有可能因为中央的介入、媒体的关注而让地方政府陷入尴尬或者难堪境地。于是，“截访”成为当代中国上访者和地方政府相互博弈的重要方式，成为信访实践中一出不断上演的闹剧。为了阻碍上访者，很多地方政府派驻京干部在国家信访局门口值班，对来自本地区上访者一律带走。在接回上访者之后，一些上访的问题或许得到了解决，而另一些上访者也许会因为某些原因受到敲打和惩罚，这些惩罚包括通过合法程序给予的行政处罚、劳动教养，也有可能包括以“莫须有”的名义被关进精神病院。

必须承认，在大量的上访者中，很多人反映的问题没有法律依据，有一些人属于无理取闹的“缠访”，甚至还有一些人在上访中采取了违法手段向政府施压以期获得侥幸利益。然而，即使是面对最不讲理最不守法的上访者，政府也绝对不该以非法手段来打击报复上访者，政府可以依法追究他们的违法责任，然而绝不可以如山东新泰政府那样，把健康者关于精神病院，否认其人格，羁束其肉体，折磨其意志。也许，阻挠和威吓会在一时令一些人在上访的路口望而却步，然而也可能会激化矛盾并引发更为顽强更为决绝的反击，瓮安事件、陇南事件，这不都是鲜活而真实的事例吗？

构建和谐社会，政府先要有度量和耐心，要敢于让人民发表想法和怨气。法国启蒙思想家伏尔泰曾说：“我可以不同意你的观点，但我誓死捍卫你说话的权利”，希望有一天，在面对上访者时，我们的政府和官员也有这样的自信，尊重他们的宪法权利，给贫弱者以抱怨和呐喊的机会。

**练习 11** 2008 年 9 月，郑州市物价局在媒体上发布关于召开全市集中供热价格调整听证会公告。市民赵正军随后提出申请，要求物价局公开市热力总公司近三年的经营状况、财务决算报表等相关信息。在热力公司表示“不同意公开”之后，郑州市物价局随即作出“免于公开告知书”，并送达赵正军。赵遂将市物价局告上法庭。这宗轰动一时的诉讼近日在郑州市中原区人民法院一审落判：郑州市物价局此前作出的《政府信息免于公开告知书》被依法撤销。而在此之前，全国过各地很多针对政府信息公开的公民起诉却得不到法院的支持，无法进入诉讼程序。

**问题：**结合材料反映出的有关问题，任选角度，谈谈你的看法。

- (1) 运用掌握的法学知识阐释你的观点和理由；
- (2) 说理充分，逻辑严谨，语言流畅，表达准确；
- (3) 字数不少于 500 字。

**参考范文：**

法治社会是民主社会，民主不仅意味着公民可以投票选举官员，还意味着公民对政府和官员的活动及社会信息拥有知情权。公民知情权的实现，需要政府履行其信息公开的义





务，也需要司法的积极协助与扶持。

在我国，国务院制定的《政府信息公开条例》首次明确将“行政诉讼”规定在行政相对人“知情权”的救济权利之列。但是在实践中，很多关于知情权的起诉行动却得不到法院的支持，很多地方法院缺乏郑州市中原区法院的勇气和魄力。

公民知情权的司法保障不尽如人意的原因在于，基层法院往往担忧在“第一案”之后，将引发更多的“公民知情权之讼”，从而既有可能造成现有的司法资源无法应对，还极有可能因支持公民知情权而与当地政府部门交恶。更有甚者，如一旦有公民针对一些多年未了的行政争议提出信息公开的要求，“知情权之讼”将有异化成“第二个信访制度”的可能。法院基于种种利益关系的考虑，寻找法律借口，将“公民知情权之讼”拒之门外，这在一些基层法院几乎成了彼此心照不宣的“潜规则”。

基于法院依法独立行使审判权的司法环境还不尽如人意，司法机关与行政机关还有着更多的亲近性，敢于“为权利而斗争”并愿意将争议付诸于司法的公民还不多见，因而，每宗“公民知情权之讼”都显得弥足珍贵。权利是生长起来的，而不是“规定”出来的。郑州中原区法院此番一审裁判，让“政府信息公开”从纸面走向了地面，从自律走向了他律。一部良法不曾在这里悬置，维权公民也得到了胜诉的鼓励。

公民知情权的生长既需要制度的呵护，更需要司法保障的浇灌。因此，我们期待不仅看到更多的“公民知情权之讼”，还能看到更多“公民知情权之讼的胜诉”。

## （二）自测练习题

**练习1** 某大型国有企业发布了对外招聘启事：招收员工100名，要求男身高1.6米以上，女身高1.5米以上。某大学生因身高不符合要求无法参加应聘考试，遂决定以该企业违反宪法平等权为由提起诉讼，对于此事，人们议论纷纷。

**问题：**请谈谈你对此事的看法。

- (1) 运用掌握的法学知识阐释你的观点和理由；
- (2) 说理充分，逻辑严谨，语言流畅，表达准确；
- (3) 字数不少于500字。

**练习2** 近日，被称为“中国金融第一案”的石雪案，在海南省高级人民法院终审落槌。石雪被判处死刑，缓期2年执行。原海南华银国际信托投资公司负责人、辽宁大连证券公司董事长石雪，利用职务之便，贪污公款2.6亿元，挪用公款近1.2亿元，另外伪造金融凭证企图诈骗央行14亿元、非法集资24亿元，此案被人们称为“中国金融第一案”。同时，贪污2.6亿元获死缓，创造了“贪官不死”与司法量刑“通货膨胀”的最新纪录。

贪污数额是贪污罪量刑的重要依据，如果贪污2.6亿元都判不了死罪，那么今后还能有多少贪官有死罪的“资格”呢？如果说贪污2.6亿元也有不死的理由，那么请告诉公众究竟是什么理由，以至于检察院都不能接受这一判决提出抗诉。有重大立功表现吗？没有；有明显的从轻情节吗？两级法院的判决书中并没有提及。海南高院的终审裁定说，原审判决认定的事实清楚，证据确实、充分，定罪准确，量刑适当，裁定驳回抗诉、上诉，维持原判。“定罪准确，量刑适当”这种高度原则性概括，可以适用于任何一张判决书中，但还是没告诉公众2.6亿元为何不判死罪的理由。古时曾用“莫须有”的理由惩治无罪之人，难道今天我们能够以疑似“莫须有”的理由，对一个以及大批犯有大罪的贪官实施“宽严相济”？难道不需要告诉人民，“定罪准确”，“准确”在哪里？“量刑适当”，“适



当”在何处？

**问题：**结合司法自由裁量权或者法律方法和司法论证理论，谈谈你对此事的看法。

- (1) 运用掌握的法学知识阐释你的观点和理由；
- (2) 说理充分，逻辑严谨，语言流畅，表达准确；
- (3) 字数不少于 500 字。

**练习 3** 《安徽商报》记者 2008 年 11 月 30 日从安徽阜阳市公安局获悉，该局近日结合阜阳市特点，出台了《阜阳市公安局实施治安管理处罚细化标准》（下称《细化标准》），并从今日起正式执行。依照该标准，阜阳市民发送黄色短信 3 次以上（含 3 次）的，将受到拘留和罚款的处罚。

据介绍，与《治安管理处罚法》相比，《细化标准》规定更为详细，可操作性更强。如在《治安管理处罚法》中，“多次”、“多人”出现频率较高，但并未明确“多次”、“多人”的界定范围。《细化标准》指明，多次，指 3 次以上（含 3 次）；多人，指 3 人以上（含 3 人）。以《治安管理处罚法》中“多次发送淫秽信息，处以 5 天以下拘留，可以并处 500 元以下罚款”为例，阜阳市民只要发送三次淫秽信息，就将面临拘留甚至并处罚款的处罚。《细化标准》还细化了法律未规定罚款下限的裁量标准。法律规定处 200 元、500 元、1000 元、2000 元、3000 元和 5000 元以下罚款的，阜阳市执行罚款下限分别为 50 元、200 元、500 元、1000 元、1500 元和 3000 元。

据了解，《细化标准》的出台，旨在规范民警的自由裁量权，防止民警的自由裁量权过大、过宽，避免同一种犯罪行为产生处罚结果相差过大的情况产生。

**问题：**结合行政行为的自由裁量权及其规范，谈谈你对此事的看法。

- (1) 运用掌握的法学知识阐释你的观点和理由；
- (2) 说理充分，逻辑严谨，语言流畅，表达准确；
- (3) 字数不少于 500 字。

**练习 4** 事件主人公名叫任超奇，今年 28 岁。今年，他和朋友王明（化名）合伙在南阳光彩市场租门面房开了一家汽车配件服务中心，正在筹备。“因为经费紧张，我把自己家里的电脑搬到公司来用，这样省钱。”任超奇说。

今年 7 月底，南阳市公安局网警支队在工作中发现，登记为王明的宽带用户经常向外发送大量不良邮件。8 月 18 日上午，丁立等 3 名网络警察到汽配城对王明的电脑进行现场勘验，发现该电脑一收发邮件端口呈开放状态，被人利用发送大量不良邮件。随后，网警在对店中另一台电脑进行了勘验，发现该电脑 D 盘下一个文件夹中存有两部淫秽电影。

任超奇立即向警察认错：“那是我去年下载的，长约 30 分钟。当时自己还没结婚，既没传播，也没让别人看，完全是好奇，后来也忘了删了。我承认下载黄色视频不对。”警察当即扣押了他的电脑主机，并做了笔录。

9 月 10 日，网警将任超奇电脑中的视频制成光盘送交公安局治安支队进行鉴定，确认该视频属于淫秽物品。9 月 12 日，警方对任超奇出具了行政处罚决定书。处罚决定书中称：“进行日常检查时发现其中一台电脑上复制下载有一部淫秽视频”，根据《计算机信息网络国际互联网安全保护管理办法》（下称《管理办法》）第 5 条第 6 项及第 20 条规定，对任超奇警告并处 1900 元罚款。

记者查阅该《管理办法》，该办法是国务院批准后于 1997 年 12 月 30 日由公安部发布





实施的，其第5条第6项规定为：任何单位和个人不得利用国际联网制作、复制、查阅和传播宣扬封建迷信、淫秽、色情、赌博、暴力、凶杀、恐怖，教唆犯罪的信息。第20条规定：违反第5条所列行为之一的，由公安机关给予警告，有违法所得的，没收违法所得，对个人可以并处5000元以下罚款，对单位可以并处15000元以下罚款。

警方称：“之所以罚任超奇1900元，是出于他多次提出经济困难的考虑。”“我自己下载自己看，没有拿来赚钱，也没给社会造成啥危害，就罚我1900元？”任超奇觉得冤。为他叫屈的网友很多，多数网友认为，只要没有传播淫秽信息，而只是自己观看，没有对社会产生危害，就不应受到处罚。“更何况，有些淫秽网站会在人上网的时候，通过技术手段把淫秽信息自动下载到电脑里。如果这也会被处罚，那岂不是太可怕了。”

**问题：**运用你掌握的法学理论和法律知识，对该警方处罚行为的合法性和合理性进行评析。

- (1) 运用掌握的法学知识阐释你的观点和理由；
- (2) 说理充分，逻辑严谨，语言流畅，表达准确；
- (3) 字数不少于500字。

**练习5** 京石高速公路北京段在清贷后继续收费，北京市民赵建磊认为这是不当得利，遂将其经营者北京市首都公路发展集团有限公司（下称首发公司）告上法院，要求返还其5元通行费。一审败诉后，赵建磊又提起上诉。《财经》记者获悉，北京市第二中级人民法院（下称北京二中院）日前已正式受理此案。

去年7月9日，赵建磊在途经京石高速杜家坎出口时，交纳了5元的道路通行费，同时获得一张5元面额的收费票据，上面盖有“北京市首都公路发展有限责任公司”的财务章。此后，他从北京市审计局的一份报告中了解到，这条由原北京市计委与首都规划建设委员会利用养路费和贷款建成的公路，已于2000年12月之前已偿清贷款，截至2004年12月，其收取的过路费偿还贷款等款项后还剩余近6亿元。同时，他又在北京丰台地税局获知，早在2007年4月，“北京市首都公路发展有限责任公司”已经变更为“北京市首都公路发展集团有限公司”。

赵建磊认为，首发公司向其提供的票据，属于过期失效的收费票据。此外，根据《收费公路管理条例》第37条规定：“收费公路的收费期限届满，必须终止收费。政府还贷公路在批准的收费期限届满前已经还清贷款、还清有偿集资款的，必须终止收费。”因此，作为已经收费期限届满的政府还贷公路，京石高速应停止收费。

2007年7月，赵建磊将首发公司告上北京市丰台区人民法院（下称丰台区法院），北京德恒律师事务所律师吴朝华则主动要求义务代理本案。

在案件审理期间，首发公司代理人辩称，2000年10月8日，该条公路的经营权被市政府授予首发公司，经营期限为30年。《收费公路管理条例》第37条针对的是“政府还贷公路”，但现在的京石高速并非“政府还贷公路”，应为“授权经营路”，因此不适用于《收费公路管理条例》。

2007年10月21日，丰台区法院作出一审判决，驳回了本案原告北京市民赵建磊的全部诉讼请求。法院一审判决认为，赵建磊已经使用了首发集团经营管理的道路，故其应当支付通行的对价，即通行费。首发公司出具的发票上使用了其以前的单位名称，对此赵建磊享有要求更换发票的权利，但其要求返还通行费则没有依据。法院同时认定，截至目前，首发公司收取通行费有政府许可的依据，因此，其享有收费的权利。



值得注意的是，判决称：“本院认为，即使按照《收费公路管理条例》第35条的规定，赵建磊也仅是享有拒交的权利，而不享有返还的权利。”不少法律专家评价，法院承认消费者具有拒交通行费的权利，是值得肯定的。这也是《收费公路管理条例》实施以来，法院首次适用此条款判决案件。

据北京市二中院有关人士告诉《财经》记者，赵建磊对一审法院判决不服，并认为首发公司收取的5元钱属于不当得利。赵以要求返还通行费为由再上诉到北京二中院。（载财经网）

**问题：**结合公益诉讼理论，谈谈你对此事的看法。

- (1) 运用掌握的法学知识阐释你的观点和理由；
- (2) 说理充分，逻辑严谨，语言流畅，表达准确；
- (3) 字数不少于500字。

**练习6** 向朋友借款3万元，还款时借条上借款变成300万元。近日，北京第二中级人民法院审理时发现出借人对于借条形成过程讲述前后矛盾，部分说法明显有悖常理，一审判决驳回债主起诉，判决还款3万元。

2006年夏天，贺先生与吕某相识。贺先生说，今年初，因手头紧张分三次向吕某借款3万元。“我提出打借条，他说不着急。”贺先生说，今年5月20日晚，吕某将他约出，在车里让他在已经写好的借条上签字按手印。一个月后，吕某拿着借条、带着4名男子上门讨债。贺先生一看，借条上阿拉伯数字“30 000”后面多了两个零，“叁万”变成了“叁佰万”。贺立即报警。警察调解未成，吕某一纸诉状将贺先生起诉至二中院，要求偿还300万欠款及利息。

在法庭上，贺先生只承认借款3万元。代理人、京都律师事务所律师张雁峰表示，贺、吕二人相识不久，吕某在没有任何担保的情况下，借给贺先生巨款，这明显有违常理。在对吕某进行了一连串的询问时，吕某关于借条形成过程的陈述有过一次出借270万元和多次出借两种矛盾说法。而在就钱款来源、存放地点回答时，吕某答复说，巨款一部分是家里卖房子得来的，并且全部存放在家中木箱里。张雁峰认为，吕某涉嫌篡改借条，因此“白纸黑字”不应成为定案唯一依据，他建议法院重点审理借条形成的真实性。法官们十分慎重，合议后认为，吕某说法不一，且在未担保下将巨款借给相识不久之人，另外他关于钱款放在家中木箱的说法也明显不合常理，因此他提交的关键证据——一借条，真实性不足信。

法院最终判决贺先生偿还3万元借款及利息，驳回吕某其他诉讼，案件受理费3万元及鉴定费2万元由吕某负担。案件宣判后，吕某当庭未提出上诉。（载《新京报》）

**问题：**结合法律推理、司法的社会效果等理论，谈谈你对此事的看法。

- (1) 运用掌握的法学知识阐释你的观点和理由；
- (2) 说理充分，逻辑严谨，语言流畅，表达准确；
- (3) 字数不少于500字。

**练习7** 新华网河南频道3月2日讯：2009年3月1日，洛阳市首次采用公开招标方式由民间力量起草的法规——《洛阳市中小学校学生人身伤害事故预防与处理条例》，经省人大常委会批准后开始实施。

去年4月6日，洛阳市政府法制局和洛阳市教育局发布了一个特殊的招标公告——



《关于委托起草法规草案代拟稿的招标公告》，向社会征集《洛阳市中小学校学生人身伤害事故预防与处理条例》代拟稿。随后，洛阳市王城律师事务所中标并起草了该条例。

记者了解到，《洛阳市中小学校学生人身伤害事故预防与处理条例》规定：提倡监护人在自愿基础上为学生办理人身意外伤害保险；学校应该经常举行应急演练；如果学生不上学，教师有责任告诉家长。（载新华网）

**问题：**对于该市政府委托律师事务所起草法律草案，有人持反对意见，认为这是政府不作为，花费纳税人的钱，有的人持赞成态度，认为这是立法民主化和专业化的体现。请阐释你的观点并进行论证。

- (1) 运用掌握的法学知识阐释你的观点和理由；
- (2) 说理充分，逻辑严谨，语言流畅，表达准确；
- (3) 字数不少于 500 字。

**练习 8** 2009 年 3 月 15 日，央视 3·15 晚会上曝光了用户信息被泄露的台前幕后。据记者暗访发现，用户信息资料泄露的主要原因是那些掌握了用户详细信息的企业通过不法手段，利用用户信息进行商业活动，比如某些通讯公司不仅利用用户的资料信息发送垃圾短信赚钱，还将用户信息出售给其他商业机构，等等。

**问题：**任选角度，谈谈你对此事的看法。

- (1) 运用掌握的法学知识阐释你的观点和理由；
- (2) 说理充分，逻辑严谨，语言流畅，表达准确；
- (3) 字数不少于 500 字。

**练习 9** 2003 年 5 月 27 日，河南省某市中级人民法院法官李某在一起民事案件中判决《河南省农作物种子管理条例》的某项条文和《相关法律》相冲突，因此“自然无效”。该案判决引起了河南省人民代表大会的强烈不满，河南人大下发了两个红头文件，要求“省高院对某市中院的严重违法行为作出认真、严肃处理……并将处理结果报告省人大常委会”，“要求某市人大常委会依法行使监督权，纠正该市中级法院的违法行为，对直接责任人员和主管领导依法作出处理，通报有关单位，并将处理结果报告省人大常委会”。于是，该市中院作出严肃处理：撤销主审法官李某审判长职务并免去助审员资格。

**问题：**本材料涉及法律冲突、违宪审查、人大对司法的监督等多个问题，请你任选一个角度，运用掌握的法学知识阐释你的观点和理由。

- (1) 运用掌握的法学知识阐释你的观点和理由；
- (2) 说理充分，逻辑严谨，语言流畅，表达准确；
- (3) 字数不少于 500 字。

**练习 10** 新华社北京 2009 年 3 月 25 日电：最高人民法院 25 日发布的《人民法院第三个五年改革纲要》提出，加强和完善审判与执行公开制度，研究建立裁判文书网上发布制度和执行案件信息的网上查询制度。

最高人民法院司法改革办公室副主任蒋惠岭说，“现在一些法院裁判文书上网引起社会舆论的广泛关注。从法学意义上讲，法院的裁判文书应当公开。原则上，能公开的裁判文书应当上网公开，但是不能简单粗放的将裁判文书上网理解成所有的裁判文书一律上网。在一些裁判文书公开度很高的国家，也要权衡保密与知情权之间的关系，并不是所有文书全部公开。最高法院将研究裁判文书网上发布的具体办法。”



**问题：**结合司法公开及其与司法独立、司法监督的关系，谈谈你对裁判文书网上发布制度的看法。

- (1) 运用掌握的法学知识阐释你的观点和理由；
- (2) 说理充分，逻辑严谨，语言流畅，表达准确；
- (3) 字数不少于 500 字。

**练习 11** 从 2004 年曝出阜阳“大头娃娃”劣质奶粉事件开始，“苏丹红”事件、PVC 保鲜膜致癌事件，直至震惊国人的“三鹿”奶粉事件发生，国人开始意识到“名人”代言食品广告的危害。其实不只是食品方面，现实生活中，“名人”代言的其他产品也经常会出现各种问题，如刘嘉玲代言 SK-II，郭德纲代言“藏秘排油茶”，葛优代言亿霖等。在此背景下，有律师提出：应通过立法禁止明星代言所有与健康有关的产品。此建议一出，大家议论纷纷。

**问题：**结合法学原理，谈谈你认为是否应通过立法禁止明星代言所有与健康有关的产品。

- (1) 运用掌握的法学知识阐释你的观点和理由；
- (2) 说理充分，逻辑严谨，语言流畅，表达准确；
- (3) 字数不少于 500 字。

**练习 12** 周久耕，南京一个县区级的房管局长，在 2008 年 12 月 10 日接受 9 家媒体采访，畅谈南京房市，提出将联合物价部门处罚降房价的开发商。4 天后，网友“西方不亮东方亮”发帖，用红圈勾画出了周久耕手边蓝边黄色盒子的香烟，指出这是 1500 元一条的“九五之尊”。“九五之尊”迅速点燃了网友对周久耕个人财产的质疑，第二天凌晨，署名“cheyou007”的网友在《周久耕局长抽名烟、戴名表》的网帖里指认周久耕左手腕上所戴手表是“江诗丹顿”，价值约 10 万元。随后，网上又有人爆出周久耕每日开着凯迪拉克上班。2009 年 2 月 9 日，周久耕被南京纪委“双规”。3 月 20 日，周久耕因受贿数十万元被开除党籍、开除公职，并移送司法机关处理。（载《时代周刊》）

**问题：**结合材料，谈谈网络时代如何保护和规范公民的知情权、监督权。

- (1) 运用掌握的法学知识阐释你的观点和理由；
- (2) 说理充分，逻辑严谨，语言流畅，表达准确；
- (3) 字数不少于 500 字。

**练习 13** 2009 年 12 月 23 日，最高法院就人民法院接受新闻媒体舆论监督专门发布了一个规定。这一名为《关于人民法院接受新闻媒体舆论监督的若干规定》要求，有条件的审判法庭根据需要可以在旁听席中设立媒体席。记者旁听庭审应当遵守法庭纪律，未经批准不得录音、录像和摄影。规定明确指出，对于正在审理的案件，人民法院的审判人员及其他工作人员不得擅自接受新闻媒体的采访。对于已经审结的案件，人民法院可以通过新闻宣传部门协调决定由有关人员接受采访。对于不适宜接受采访的，人民法院可以决定不接受采访并说明理由。规定强调，人民法院发现新闻媒体在采访报道法院工作时有下列情形之一的，可以向新闻主管部门、新闻记者自律组织或者新闻单位等通报情况并提出建议。对违反法律规定，包括损害国家和社会公共利益的，泄露国家秘密、商业秘密的；对正在审理的案件报道严重失实或者恶意进行倾向性报道，损害司法权威、影响公正审判的；以侮辱、诽谤等方式损害法官名誉，或者损害当事人名誉权等人格权，侵犯诉讼

参与人的隐私和安全的；接受一方当事人请托，歪曲事实，恶意炒作，干扰人民法院审判、执行活动，造成严重不良影响的；其他严重损害司法权威、影响司法公正的，依法追究相应责任。

**问题：**结合材料及中国实践，谈谈如何协调审判独立和媒体监督之间的关系。

- (1) 运用掌握的法学知识阐释你的观点和理由；
- (2) 说理充分，逻辑严谨，语言流畅，表达准确；
- (3) 字数不少于 500 字。



## 附录 本书主要法律文件全、简称对照表

法官法	中华人民共和国法官法
法官职业道德基本准则	中华人民共和国法官职业道德基本准则
检察官法	中华人民共和国检察官法
检察官职业道德基本准则	中华人民共和国检察官职业道德基本准则（试行）
律师法	中华人民共和国律师法
公证法	中华人民共和国公证法

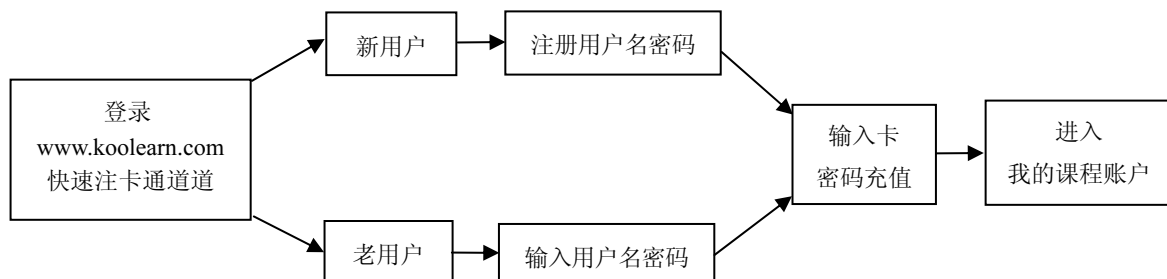


### 恭喜您成为新东方在线网上学员

本卡为新东方在线礼品卡，将此卡充值，您可在有效期内学习新东方在线司法考试指定课程。

### 充值操作流程

登录 [www.koolearn.com](http://www.koolearn.com) 网站→在首页进入“快速注卡”通道，注册用户名密码→输入“卡密码”充值→进入“我的课程账户”听课。



### 特别提醒：

本卡充值使用有效期截至 2010 年 10 月 01 日，逾期不能听课，充值后有效期为 30 天。

此卡为非卖品，不可销售。咨询热线：400-676-2300。

**卡密码：3548900823026133**

## 2010 年新东方司考网络课程产品体系

产品类别	产品名称	促销价	新东方在线 2010 年司法考试的五大优势
特色班型	2010 司考金牌通关班（送 09）	2580 元	<b>1. 超强的师资队伍</b> 授课教师均为来自北京大学、人民大学、中国政法大学的权威教师，使您足不出户，即可享受京城一线名师的精彩授课。 <b>2. 全面系统的课程体系</b> 四阶段的独特教学模式——历年真题破解、系统精讲、串讲模考、点睛飞跃。 <b>3. 丰厚的投资回报</b> 超低的价格，却有同样的课堂效果，新东方北斗星学校面授课程随堂录制，面授班课程结束后一星期内对应网络课程即可上线。 <b>4. 反复听课无限畅学</b> 没有听课次数的限制，并且细分知识点，哪里没有学懂从哪里重复学起。 <b>5. 协议保过</b> 基于 2008、2009 年的高通过率，与金牌协议通关班学员签订电子协议。不通过国家规定的分数线，免费重读 2011 全程班课程。
	2010 司考全程联报班（送 09）	1680 元	
单项	2010 司考系统精讲班（送 09）	680 元	
	2010 司考串讲模考班（送 09）	580 元	
	2010 司考历年真题破解班（送 09）	280 元	
	2010 司考点睛飞越班（送 09）	380 元	
套餐组合	2010 司考真题+精讲联报（送 09）	880 元	
	2010 司考真题+精讲+点睛联报（送 09）	1180 元	
	2010 司考精讲+串讲+点睛联报（送 09）	1480 元	
	2010 司考精讲+点睛联报（送 09）	980 元	
	2010 司考串讲+点睛联报（送 09）	880 元	